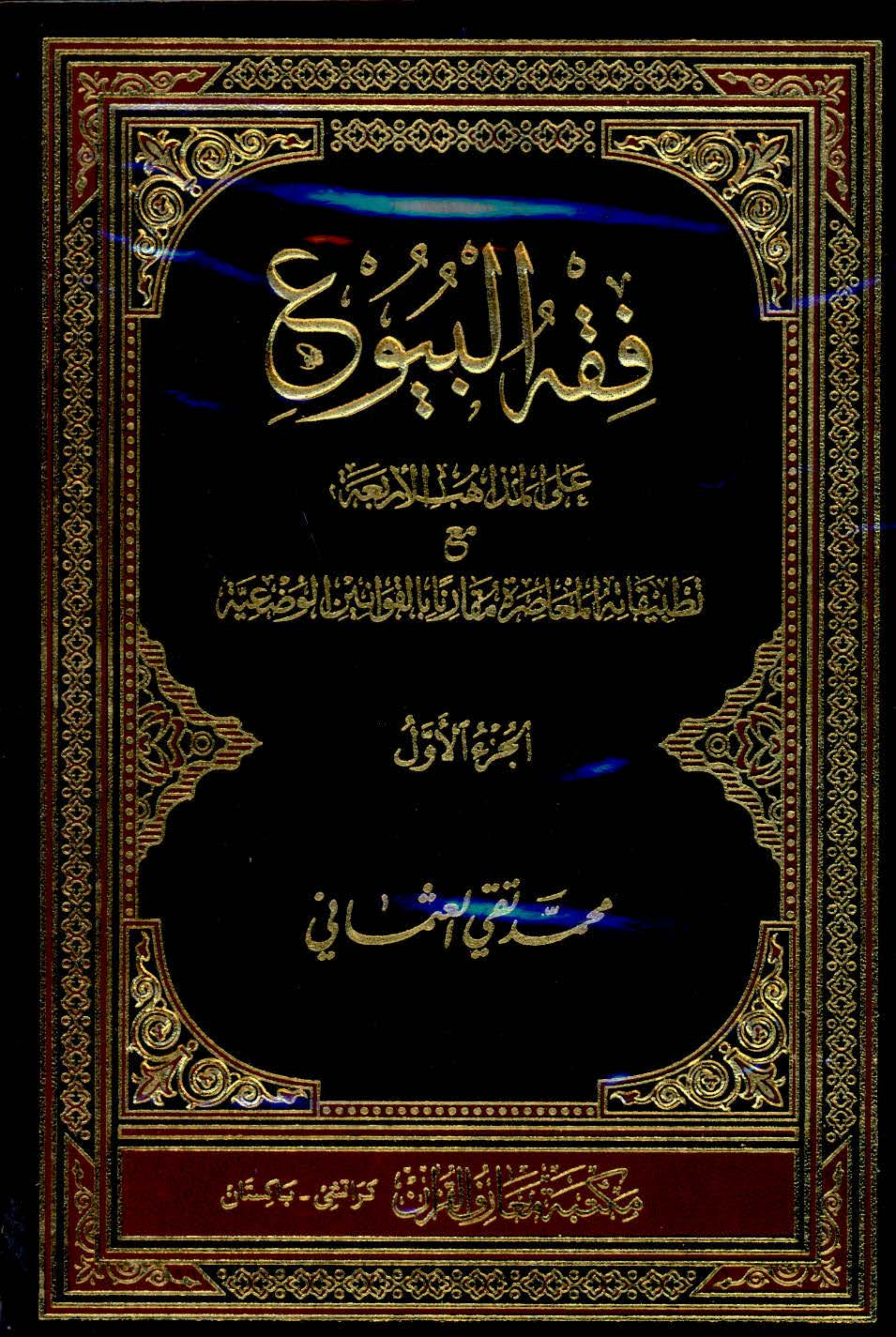

فقه البيوع
على المذاهب الأربعة
مع
تطبيقاته المعاصرة مقارنا بالقوانين الوضعية
الجزء الأول
محمد تقي العثماني
مكتبة معارف القرآن كراتشي - باكستان



www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



على المذاهب الأربعة

مع

تطبيقاته المعاصرة مقارناً بالقوانين الوضعية

الجزء الأول

محمد تقي العثماني



كراتشي - باكستان

www.besturdubooks.wordpress.com

حقوق الطبع محفوظة

ملتزم الطبع : خضر اشفاق القاسمی

الطبعة : ربيع الاوّل ١٤٣٦ھ - يناير ٢٠١٥ء

اسم الناشر : مكتبة معارف القرآن كراتشي - باكستان

الهاتف : +92-21-35031565, 35123130

البريد الإلكتروني : info@quranicpublishers.com, mm.q@live.com

الموقع على الإنترنت : www.ONLINESHARIAH.com

يطلب من:



تطلب جميع كتبنا من:

☆ مكتبه دار العلوم، كراتشي

☆ ادارة المعارف، كراتشي

☆ دار الاشاعت، اردو بازار، كراتشي

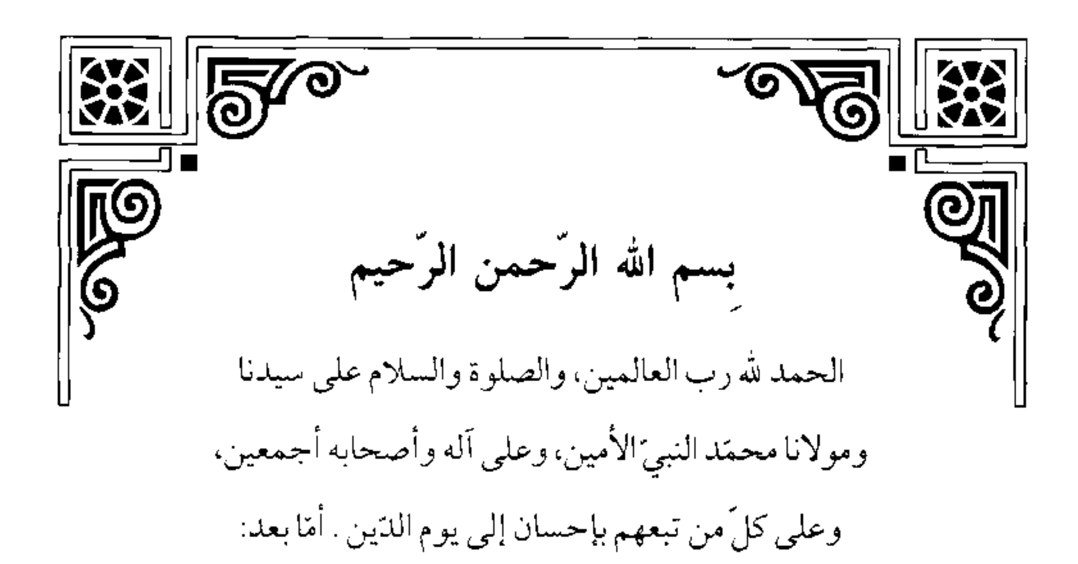
☆ بيت القرآن، اردو بازار، كراتشي

☆ ادارهٔ اسلاميات، كراتشي / ١٩٠ انار كلي، لاهور

☆ بيت الكتب، كراتشي

وأيضاً يوجد عند جميع المكتبات المشهورة

www.besturdubooks.wordpress.com



الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على سيدنا
ومولانا محمّد النبيّ الأمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين،
وعلى كلّ من تبعهم بإحسان إلى يوم الدّين . أمّا بعد:

فإنّ الفقه الإسلاميّ أغنى القوانين ثروةً فى دقّة تصوّراته للتّعاملات التّجاريّة، وتحقيق العدل فى حقوق أطرافها، ورعاية التّوازن بين مصالح الأفراد و مصالح المجتمع، كما أنّه يتميّز فى تدقيق جزئيّات الحياة الاقتصادية، وكثرة الكتب المؤلّفة فيها. وذلك لأنّ الفقه الإسلاميّ منبثق من الوحيِ المتلوّ فى القرآن الكريم، وغيرِ المتلوّ فى صورة السنّة النّبويّة على صاحبها أفضل الصّلوة والسّلام، فإنّه يتجلّى فيه نورُ الهداية السّماويّة فى جانب، ودقّةُ أنظار الفقهاء فى جانب آخر، لكونها مقتبسةً من ذلك النّور فى حاجاتٍ متشعّبة من حياتنا التّجاريّة.

ولم يزل هذا الفقهُ هو القانونَ السّائد عَبر القرون فى تاريخ العالم الإسلاميّ، إلى أن تسيطر عليه الاستعمار الغربيّ، فنحّى الفقه الإسلاميّ بمعزلٍ عن تطبيقه العمليّ فى أرض الواقع، وأحلّ القوانين الغربيّة محلّها لتحكُم بها المحاكم، ويدرسُها الدّارسون، ويؤلّف فيها المؤلفون، ويُدقّق فيها المُحامون.

وإنّ هذه الظّاهرة جاءت بنتيجةٍ سلبيّة ضدّ الفقه الإسلاميّ من جهتين:

www.besturdubooks.wordpress.com

النّتيجة الأولى: أنّ هذا الوضعَ أوقف تطوّر الفقه الإسلاميّ، أو جعله بطيئاً على الأقلّ، لأنّ تطوّر أيّ قانون ينتُج من تطبيقه فى ساحة الواقع، فإنّ الأوضاع المتطوّرة للحياة تتطلّب أن تُلتمس الحلول للمشاكل الّتى يتعرض لها النّاس عند ممارستهم للحياة العمليّة، فيتطوّر القانون بقدر تشعّب الحاجات، وبقدر تلبيتها من قِبل واضعى القوانين. وقد حدث ذلك فعلاً بالنّسبة للفقه الإسلاميّ فى العصور الّتى كان فيها هو القانونَ السّائد فى البلاد الإسلاميّة، فإنّ الفقهاء لم يُقصّروا فى تطوير الفقه الإسلاميّ بتفريع فروع جديدة حسب حاجات زمانهم على أساس المبادئ المسلّمة من الاحتفاظ بالأحكام الأبديّة المنصوصة فى جانب، ومراعاة حاجات العصر فى جانب آخر.

ولكن لمّا عُزل الفقه الإسلاميّ عن التّطبيق العمليّ فى المسائل الحيّة، ركد تطوّره وارتقاؤه، بمعنى أنّ كتب الفقه الإسلاميّ ربّما لاتتحدّث بشكل صريح عن المسائل الّتى أحدثتها الحيوة الجديدة.

لاشكّ أنّه لم يزل هناك مسلمون فى كلّ زمان ومكان يريدون أن يتّبعوا شريعتهم الغرّاء فى حياتهم بقدر الإمكان، فلم يزالوا يرجعون إلى المفتين للسُّؤال عن حكم أوضاع جديدة، ولم يزل الفقهاء والمفتون فى كلّ زمان ومكان يُصدرون فتاواهم للإجابة على هذه الأسئلة، وكانت هذه الفتاوى وسيلةً لتطوّر الفقه الإسلاميّ فى هذه العصور، ولكنّها كانت جهوداً فرديّة مشكورةً فى دائرة محدودة. أمّا الحيوة العامّة، فكانت تسير عَجَلتُها الكبيرة على أساس القوانين الوضعيّة.

والنّتيجة الثّانية لإبعاد الفقه الإسلاميّ من التّطبيق أنّ هذه الثّروةَ العظيمة لم تزل مختفيةً

www.besturdubooks.wordpress.com

عن أنظار الّذين يُمارسون القوانين، ويُطبّقونها على أرض الواقع، فلم تبقَ أمام أعيُنهم إلاّ القوانينُ الوضعيّة الغربيّة، فأصبحت هيَ محلّ دراستهم، وتفكيرهم، وتعظيمهم، وتفعيلِها فى جميع شئون الحيوة. أمّا الفقه الإسلاميّ، فإنّهم أوّلاً لايعرفونه، وثانياً، إن وقع نظرهم على كتبِ الفقه العتيقة، فإنّهم لا يألَفون أسلوبها، ولا يجدون فيها ذكراً صريحاً لمسائل الحيوة المعاصرة، ولا يتمكّنون من تفريعها على الضّوابط العامّة. فأصبحوا يعتقدون أنّ الفقه الإسلاميّ شيئٌ دَرَسه التّاريخ، وليس له علاقةٌ بحياتنا المعاصرة المتطوّرة.

فحينما يُطالب المسلمون دُولهَم بتطبيق الشّريعة الإسلاميّة فى ربوعها، فإنّ الّذين تربَّوا فى حضون القوانين الوضعيّة، واختفت حقيقةُ الفقه الإسلاميّ عن أعينهم للسبب المذكور، ربّما يُعارضون هذا الطّلبِ قائلين: إنّ تطبيق الشّريعة الإسلاميّة دعوةٌ إلى التّخلّف، وكيف يُطبّق على العصر الحديث المتطوّر ذلك القانونُ الّذى نشأ فى أوضاع قديمة قبل أربعة عشر قرناً؟ وكيف يُمكن أن يصير القانونُ جامداً لايُساير الحيوة المتغيّرة فى كلّ حين؟

والواقعُ أنّ الشّريعة الإسلاميّة لا تمنع البشر من تطوير حياته فى كلّ زمان ومكان، ولكنّها تُوازنُ بين الثّوابت والمتغيّرات ويُنشئ بينها توازناً يهدف إلى صلاح الفرد وصلاح المجتمع.

وإنّ ممّا يبعث فى الفقه الإسلاميّ حيويّة خالدة، هو اختلافُ الفقهاء فى تفسير النّصوص الشّرعيّة، وتفريعِ الجزئيّات على ذلك الأساس. وإنّ المذاهبَ الأربعة (الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة) بصفةٍ خاصّةٍ لها مدوّناتٌ عظيمة

www.besturdubooks.wordpress.com

استخرجت أحكامَ الفقه فى ضوء القرآن والسنّة النّبويّة على صاحبها الصّلوة والسلام، وفى ضوء الفتاوى والقرارات القضائيّة الّتى صدرت من الصّحابة والتّابعين فمن بعدهم، ولاتوجد مثل تلك المدوّنات فى غير هذه المذاهب بهذا التّفصيل والتّفريع.

لاشكّ أنّه قد جرت فيما بين هذه المذاهب مناقشاتٌ ربّما تبدُو حادّةً أو حارّة، وقد أُجريت فيما بينها مناظَراتٌ علميّةٌ قد تجاوزت الحدود فى بعض الأحيان. ولكنّ ذلك أمرٌ طبيعيٌ فى عصر ارتقاء الفقه و بَلْورة الأفكار، ليُدليَ كلٌّ واحد دَلوه فى تمخيض المسائل وتمحيصها، ولكن لم يحدُث أبداً أن يرميَ أحد منهم الآخرَ بالبطلان المحض والضّلال، إلاّ من قِبَل بعض المتعصّبين الّذين هَجَرهم التّاريخ الإسلاميّ، وأنكر عليهم فطاحل العلماء من كلّ مذهب.

فالّذى يعترف به الجميع أنّ هذه المذاهب الفقهيّة ليست أدياناً يرمى أحدُها الآخرَ بالبطلان ومخالَفة الشّريعة الإسلاميّة. وإنّما هيَ أوجُهٌ متعدّدةٌ للشّريعة الإسلاميّة نفسِها فيما للاجتهاد فيه مجال. وإنّها متّفقةٌ فيما بينها فى الأحكام والمبادئ الأساسيّة الّتى قرّرها القرآن والسنّة بصفة صريحة، وأجمعت عليه الأمّة عبر القرون. ولكنّ اختلافها إنّما يظهر فى تفسير هذه النّصوص فى بعض الأحيان، وفى تقعيد الجزئيّات عليها فى أحيان أخرى. وكلٌّ واحد منها يعترف بأنّ ما يقوله الآخر محتمَل، وليس باطلاً محضاً. ومن أجل هذا الاعتراف ربّما يَدَع رأيَه ويختار رأيَ الآخر حينما تدعو إليه حاجةٌ عامّة أو خاصّة، أو لفقدان العلّة الّتى بنى عليها رأيه.

www.besturdubooks.wordpress.com



وبهذا تظهر مرونةٌ بالغة فى تحقيق المصالح الشّرعيّة، ومجابهة الأوضاع الجديدة.[1]

وإنّ هذه المرونة تتّضح بجلاءٍ أكثرَ فى فقه المعاملات الماليّة بصفة خاصّة. وذلك لأنّ النّصوص فى هذا الموضوع، بعد توطيد المبادئ الثّابتة الّتى لاتتغيّر، أفسحت بدَورها مجالاً للتّفسيرات المختلفة، فأعمل الفقهاءُ أفكارهم فى تفسيرها وتفصيلها بأساليب متعدّدة، فجاءوا باحتمالاتٍ كلُّها واردة فى ضوء تلك النّصوص.

لاشكّ أنّ التّمذهب بمذهب معيّن قد أدّى دَوراً كبيراً فى تنظيم الحياة الفرديّة وإبعادها عن اتّباع الهوى، ولكنّ الاعترافَ بأنّ جميع هذه المذاهب محتمَلة فى إطار الكتاب والسنّة يفسَح مجالاً واسعاً لمجابهة الحياة المتطوّرة فى مرحلة التّشريع والتّقنين، لأنّ جميعها متّفقةٌ على أنّ ما حَكَم به الحاكم فى الأمور المجتهَد فيها نافذٌ على الكلّ، ولو كان مخالفاً لمذهبهم الفقهيّ على مستوى الأفراد.

وبهذا يظهر أنّ اتّخاذ الفقه الإسلاميّ مصدراً للتّشريع لا يكبّل أيديَ المشرّعين أمام الحاجات الحقيقيّة للتّجارة والاقتصاد، ومادامت المبادئ والأحكام الثّابتة الأبديّة محتفظة، فإنّ هناك مجالاً واسعاً لإعمال الفكر البشريّ فى التماس الحلول لمشاكل الحياة المتغيّرة.

ولكنّ ما نحتاج إليه اليوم أن يُدوّن الفقه الأصيل، وبخاصّة فقهُ المعاملات التّجاريّة والماليّة، ممزوجاً بالمسائل المتولّدة من الظّروف والأوضاع المعاصرة، ليتبيّن أنّ الفقه

---

(١) وقد أوضحتُ فى كتابى "أصول الإفتاء وآدابه" أنّ التمذهب بمذهبٍ معيّن فى عامّة الحالات أمرٌ ضروريّ للتجنب عن اتباع الهوى، ولكن ليس معنى ذلك أن يُحكم على المذاهب الفقهيّة الأخرى بالبطلان، كما أوضحتُ الحالات الّتى يُستفاد فيها من مذهب آخر.

www.besturdubooks.wordpress.com

يتوجّه إلى القرن الخامس عشر كما كان يتعلّق بالقرون الأولى. وكلُّ ذلك بأسلوب يُلائم مذاق العصر، ويُسهّل للدارسين تناولَه.

فشرعتُ بتوفيق الله سبحانه وتعالى فى هذا التأليف، وحاولتُ بقدر وسعى أن يفيَ هذا الكتاب بهذه الحاجة، ويجمع أمّهاتِ مسائل المذاهب الأربعة من كتاب البيوع ممزوجةً بالمسائل التى أحدثها العصر الجديد، بحيثُ يصير كتاباً أصيلاً فى موضوعه، وعصريّاً فى أمثلته وتفريعاته وتطبيقاته وأسلوب ترتيبه.

وكنت منذ أوّلِ يومٍ شرعتُ فى دراسة الفقه معتقداً بعبقريّة فقهاءنا الأقدمين فى دقّة أنظارهم وعقليّة اجتهاداتهم، ولكن لمّا شرعتُ فى هذا التّأليف بهذه المهمّة، تبيّنت لى آفاقٌ جديدةٌ لعمق تفكيرهم وسَعة اطّلاعهم بما جعلنى أشعر أنّى اقتحمتُ بحراً زاخراً لا ساحلَ له. وبما أنّى قضيتُ مدّةً طويلةً فى دراسة القوانين الوضعيّة، وممارستها قاضياً فى المحكمة العليا، ودرستُ القوانين الإنكليزيّة، وشروحها، وسمعتُ أبحاثَ المحامين، فأتاحت لي الأقدار فرصةً لمقارنتها بالفقه الإسلاميّ. فرأيتُ أنّ جهود علماء الفقه الإسلاميّ تفوقها من عدّة جهات:

رأيتُ فى معظم القوانين الوضعيّة أنّها تقتصر فى غالب الأحيان على مبادئ القانون بصفة موجزة. أمّا الجزئيّات الّتى تندرج تحتها، فإنّما يذكرها شُرّاح القانون مبنيّةً على الواقعات الحقيقيّة الّتى رُفعت إلى المحاكم، وإنّها بعد استماع أدلّة المحامين من الفريقين، أصدرت قرارات أصبحت قانوناً موضوعاً من القُضاة. وإنّ شُرّاح القانون إنّما يقتصرون تحت كلّ مادّة من القانون على ذكر هذه القضايا، ولا يتصوّرون جزئيّات من عندهم.

www.besturdubooks.wordpress.com



أمّا الّذين دوّنوا الفقه الإسلاميّ، فإنّهم فى غالب الأحيان تصوّروا الجزئيّات من عند أنفسهم، وتغلغلوا فى ذلك إلى حدّ الاستقصاء. فلا تكاد تُتصوّر جزئيّةٌ فى عهدهم إلاّ ولهم فى ذلك كلامٌ. بل يتحيّر الإنسانُ فى بعض الأحيان أنّهم ذكروا أحكام جزئيّات قلّما تقع فى أرض الواقع. لاشكّ أنّ هذه الجزئيّات قد تكون مأخوذةً من بعض أقضية القضاة، أو من فتاوى بعض المفتين، ولكنّ الغالب منها متصوّرٌ من عندهم.

ومن الغريب أنّ هؤلاء الفقهاء لم يكونوا فى محلّ واحد، بل كان بعضهم فى الحجاز، وبعضهم فى المغرب الأقصى، وبعضهم فى العراق أو فى مصر والشّام، وآخرون فى ماوراء جيحون من وسط آسيا، ولكنّهم جميعاً يتفكّرون فى نفس الجزئيّات، ويعرف كلٌّ منهم قولَ الآخرين فى عهد لم تكن هناك طرق الاتّصال السّلكيّة، أواللاسلكيّة، أوالإلكترونيّة، ولا توجد فهارس مبسوطة، ولا حتّى الكتب المطبوعة والكتب الّتى يستفيدون منها غير مفهرسة ولا مرقّمة.

وما دوّنوه فى مثل هذه الظّروف لا يُمكن أن نبلغ شأوَه فى هذا العصر الّذى أصبح فيه العالم قريةً واحدةً لسرعة الاتّصالات، وكثرة الوسائل، وتوافر الكتب المطبوعة، والفهارس الميسورة.

وأعجبُ من ذلك كلّه جُهد أصحاب المتون الّذين جمعوا تفاصيل المسائل المفصّلة فى عبارة موجزة لاتخلو كلمةٌ منها من معنىً دقيق يحتاج شرحه إلى بحث طويل.

وكنتُ قاضياً فى القسم الشّرعيّ فى المحكمة العُليا، ولكن كنتُ أحتاج كثيراً أن

www.besturdubooks.wordpress.com

أفسّر القانون الوضعيّ، إمّا لأنّه لم يكن مصادماً للشّريعة، وأحتاج إلى تنفيذه، وإمّا لأنّه كان من سُلطتي أن أحكم على ذلك القانون بأنّه موافقٌ أو مخالفٌ للشّريعة الإسلاميّة، فأحكم بإلغاءه. وفي خلال عملي ذلك، كثيراًمّا أحتاج إلى مناقشة ذلك القانون مع رفاقي في المحكمة الّذين كانوا مؤهلين في القوانين الوضعيّة، وطالت تجربتهم في ذلك. ومراراً في أثناء هذه المناقشة، كنتُ آتي بتفسير للقانون يُخالف الظّاهر، وإنّهم بعد سماع كلامي، يُقروّن ما فسّرتُه به. فقال رئيس القضاة مرّة: إنّ هذا الرجل ربّما يُسرع في فهم القانون أكثر منّا. فأجاب أحدهم بأنّه قد درس الحقوق بمرتبة الشّرف. فأجبتُ قائلاً: "إنّ فهمي للقانون لا ينبثق من دراستي للحقوق، وإنّما هو ناتجٌ من دراستي للفقه الإسلاميّ." وكان هذا الجوابُ حقيقةً أجزم بها حتّى الآن.

وعلى كلّ، فإنّ الدراسة التّفصيليّة لمسائل البيوع والمعاملات الأخرى ضاعفت اعتقادي في عبقريّة الفقهاء الأقدمين بما وجدتُ نفسي خاضعاً أمام مكانهم الشّامخ، وهمّتهم العاليّة، ونظرهم الدّقيق. أفاض الله تعالى عليهم شآبيب رحمته ورضوانه.

وكثرت في زماننا دعاوي الاجتهاد، وشاع القول بأنّهم رجال ونحن رجال، ولكن لم يوجد حتّى الآن من هؤلاء المدّعين مَن استطاع تدوينَ الفقه على أساس اجتهاده من كتاب الطّهارة إلى كتاب الفرائض بالتّفصيل الّذي دوّنه به الأقدمون.

وليس من قصدي أبداً أن يُعتقَد فيهم العصمة، فكلٌّ يؤخذ من رأيه ويُترك، إلاّ صاحب هذا القبر (صلّى الله عليه وسلّم) كما قال الإمام مالك رحمه الله تعالى. ولكنّ نفيَ العصمة من هؤلاء ربّما ينشأ عن إثبات العصمة لنفس النّافي. فلا شكّ أنّ الأمور الاجتهاديّة فيها مجالٌ للخلاف، ولكن ممّن يستفيد بعلم هؤلاء الفقهاء ويقدُر قدرَ

www.besturdubooks.wordpress.com

جهودهم قبل أن ينقد أفكارهم، ويعترف بمكانتهم العالية، ويتّهم رأيه قبل أن يتّهم رأيهم.

وبناءً على هذا، فإنّ ما ألّفتُه فى هذا الكتاب، قطراتٌ من بحر رتّبتُها بترتيب جديد، وأضفتُ إليها ما نَبتَ بفضل هذه القطرات من ثمار تلائم حاجاتنا العصريّة. والتزمت فى ذلك المنهج الآتى:

١- أردتُ أن يكون الكتابُ جامعاً للمسائل الأساسيّة للبيوع على المذاهب الأربعة. والمقصود من ذكرها أوّلاً ليكون الكتابُ مُعيناً لأتباع كلّ مذهب بالقدر المستطاع، وثانياً أن تظهر الشّريعة البيضاء بوجوهها المحتملة، ويظهراختلاف الأفكار فى تفريع الفروع على أساس الكتاب والسّنّة، وليكون عَوناً للتّقنين، إن وفّق الله تعالى دولةً من الدُّول أن تطبّق الشّريعة الإسلاميّة فى مجال البيوع. وبما أنّ هذه المذاهب كلّها محتملة، كما سبق ذكره، فإنّى ذكرتُ أدلّتها فى معظم المسائل، ولم أتعرّض لترجيح بعضها على بعض، إلاّ فى بعض المواضع الّتى وجدتُ بعضها خلاف النّصّ الصّريح، أو وجدتُ أحداً منها أوفق بالظّروف المعاصرة. ولأهل العلم كلّ الحقّ أن يختلف رأيهم فى التّرجيح.

٢- كذلك حاولتُ فى كثير من المواضع أن أقارن بين الفقه الإسلاميّ وبين القوانين الوضعيّة الإنكليزيّة، وقد ذكرتُ فى بعض المواضع قوانين فرنسيّة، أو سويسريّة أيضاً. والمقصود بهذه المقارنة أوّلاً هو تحذير المسلمين عند تطبيقهم القانونيّ المدنيّ السّائد من أن يقعوا فيما يُخالف الشّريعة الإسلاميّة، وثانياً أن يتّضح الفرق بين الاقتصاد الإسلاميّ والاقتصاد الرأسماليّ، وتتبيّن الحكمة الإلهيّة فى التّشريع الإسلاميّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣- حاولتُ عند الكلام فى كلّ باب أن آتيَ فيه بالمسائل المعاصرة المتعلّقة به، وفصّلتُ الكلام فيها، وذكرت جميع الاحتمالات الواردة فى تكييفها الفقهيّ، وقد ذكرتُ فى مثل هذه المسائل آراء الفقهاء المعاصرين حيثُما وجدتها، وذكرت ما انتهى إليه فكرى فى ذلك.

٤- راعيتُ أن يكون ترتيبُه ترتيباً منطقيّاً يسهُل به الوصول إلى المطلوب من المسائل، فشرعت ببيان حقيقة البيع، ثمّ ببيان أركانه، وطرق انعقاده إما بالإيجاب والقبول، وإما بالتّعاطى، ثمّ أتبعتُه بمكان الوعد والمواعدة فى البيع والشّراء، وما يلتحق بالإيجاب والقبول من العربون وغيره، ويدخل فيه المزايدة والمناقصة.

ثمّ ذكرتُ أحكام العاقدين وتراضيهما وما يفوّت التّراضى، وما يُستثنى منه. ثمّ ذكرتُ أحكام المبيع وما يُشترط فيه، وأحكام الثّمن وما يُشترط فيه، والطرق المختلفة لأداءه. ثمّ ذكرت شروط صحّة البيع التى تتعلّق بصلب العقد. ثمّ ذكرت التقسيمات المختلفة للبيع من الحالّ والمؤجّل، والسّلم والاستصناع، والمرابحة والتّولية، والمقايضة، وربا البيع، والصّرف، والبيع الصحيح البات، والبيع بخيار، والبيع الباطل والفاسد والموقوف والمكروه، وأحكام كلّ منها. ثمّ ذكرتُ أحكام تدخّل الحكومة فى التّجارة الحرّة، فذكرتُ فيها أحكام التسعير والاحتكار وغيرهما وفصّلتُ الكلام فى المال المكتسب بطريق محظور. ثمّ أفردتُ بحثاً مبسوطاً لمسائل الإيراد والاستيراد، وانتهيتُ إلى أحكام الإقالة.

٥- حاولتُ أن تكون العبارة سلسةً سهلة خالية عن الإيجاز المخلّ أو الإطناب المملّ. ولهذا الغرض، لخّصتُ الأبحاث الفقهيّة من المصادر بما يسهل فهمه، ومع

www.besturdubooks.wordpress.com



ذلك أوردتُ كثيراً من المسائل بنصّ المنقول منه، لخدمة أهل العلم.

٦- اقترحتُ فی آخر الكتاب صيغةً لقانون البيع الإسلاميّ، ليُمكن الاستمداد منه لكلّ دولة وفّقها الله تعالى لتطبيق الشّريعة الإسلاميّة فی البيوع.

وكلّ ذلك مع اعترافی بأنّه جُهدُ مُقلّ، فإن كان فيه ما ينفع، فهو بمحض توفيق من الله سبحانه وتعالى، وما كان فيه من قصور أو خطأ، فهو منّی ومن الشّيطان. وبما أنّی تعرّضتُ فی هذا الكتاب لكثير من القضايا الجديدة الّتی ليس لها ذكرٌ صريحٌ فی الكتاب والسّنّة، ولا فی كتب الفقه المعتبرة، وحاولتُ بالقدر المستطاع أن لا أدّخر جُهداً فی تحقيقها وتنقيرها، ولكنّه فكرٌ بشريّ يحتمل الخطأ والصّواب، وإنّما أعرضه على أهل العلم رجاءً منهم أن لا يضِنّوا عليّ بإشعاری بما هو خطأ واضح. أمّا اختلاف الآراء، فمجاله واسع، ولكنّی دائماً طالبُ علم، وملتمسُ حقّ. فما يظهر لی من الحقّ، لا أتردّد من الرجوع إليه إن شاء الله تعالى.

ولايسعنی فی الأخير إلاّ أن أتقدّم بالشّكر والتّقدير لأخوين فاضلين من أصحابی، ساعدانی فی تأليف هذا الكتاب. أحدهما الأخ الفاضل الشيخ شفيق جاكهورا، حفظه الله تعالى، وقد ساعدنی فی بداية عملی لمدّة قليلة، ثمّ خَلَفَه بعد ما سافر إلى إفريقيا الجنوبيّة أخوه الشّابّ الفاضل النّشيط الأستاذ شاكر جاكهورا، فإنّه لازمنی فی معظم هذا العمل، وساعدنی فی استخراج المسائل والنّصوص من مصادرها، ولم يألُ جهداً فی تيسير عملی هذا، وأعمالی العلميّة الأخرى. فجزاهما الله تعالى أحسن الجزاء، وبارك فی عمرهما وعملهما.

وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وينفع به

www.besturdubooks.wordpress.com

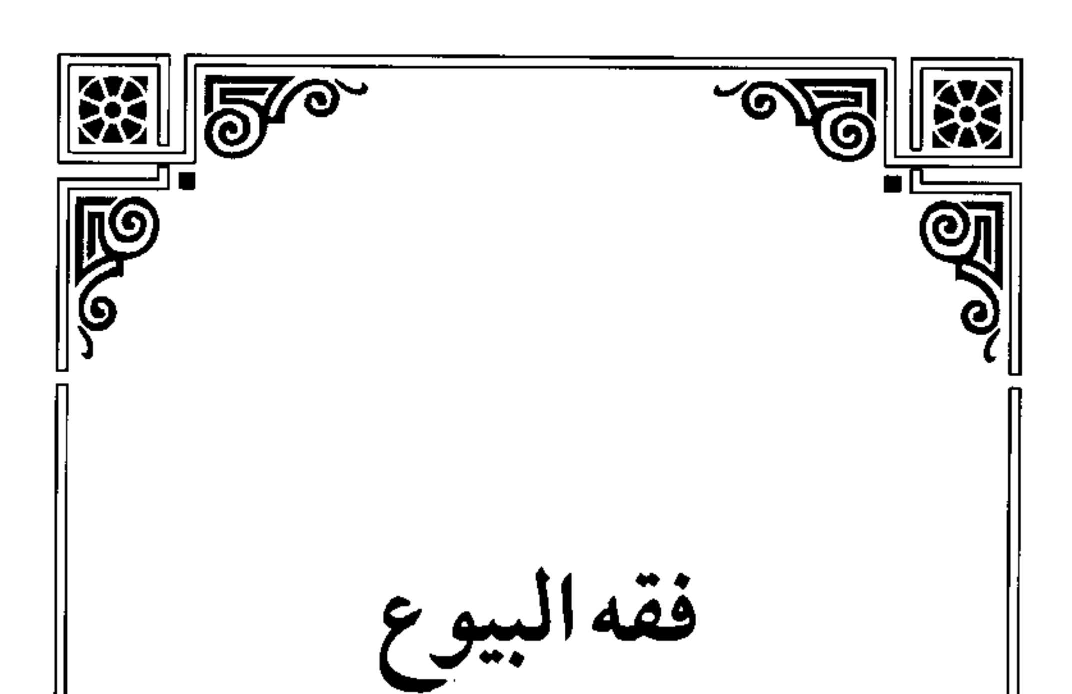
الطّالبين والدّارسين، ويجعله ذخرا لهذا العبد الضعيف يوم لاينفع مال ولا بنون. وإنّه تعالى على كلّ شيئ قدير، وبالإجابة جدير. وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين، والصلوة والسّلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

محمد تقى العثماني

دارالعلوم كراتشى

١٢ شعبان المعظم سنة ١٤٣٥ هـ ١١ يونيو ٢٠١٤ م

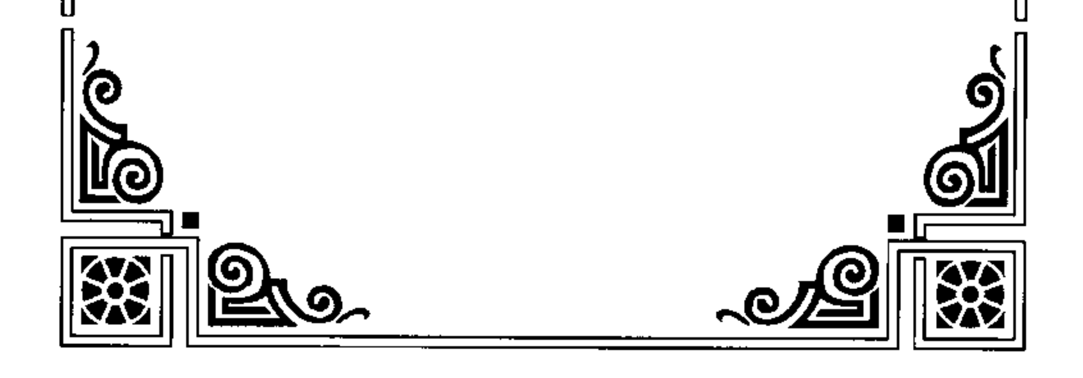
www.besturdubooks.wordpress.com



فقه البيوع

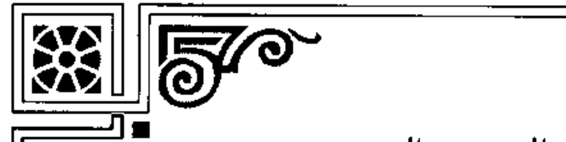
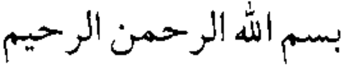
على المذاهب الأربعة

مقارنًا بالقوانين الوضعيّة



www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونؤمن به ونتوكل عليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيآت أعمالنا من يهده الله فلامضلّ له ومن يُضلله فلاهاديَ له. ونشْهدُ أن لا إله إلاّ الله وحده لاشريك له ونشهد أن سيّدنا ومولانا محمداً عبده ورسوله صلى الله تعالى عليه وعلى آله وأصحابه وبارك وسلّم تسليما كثيرا.

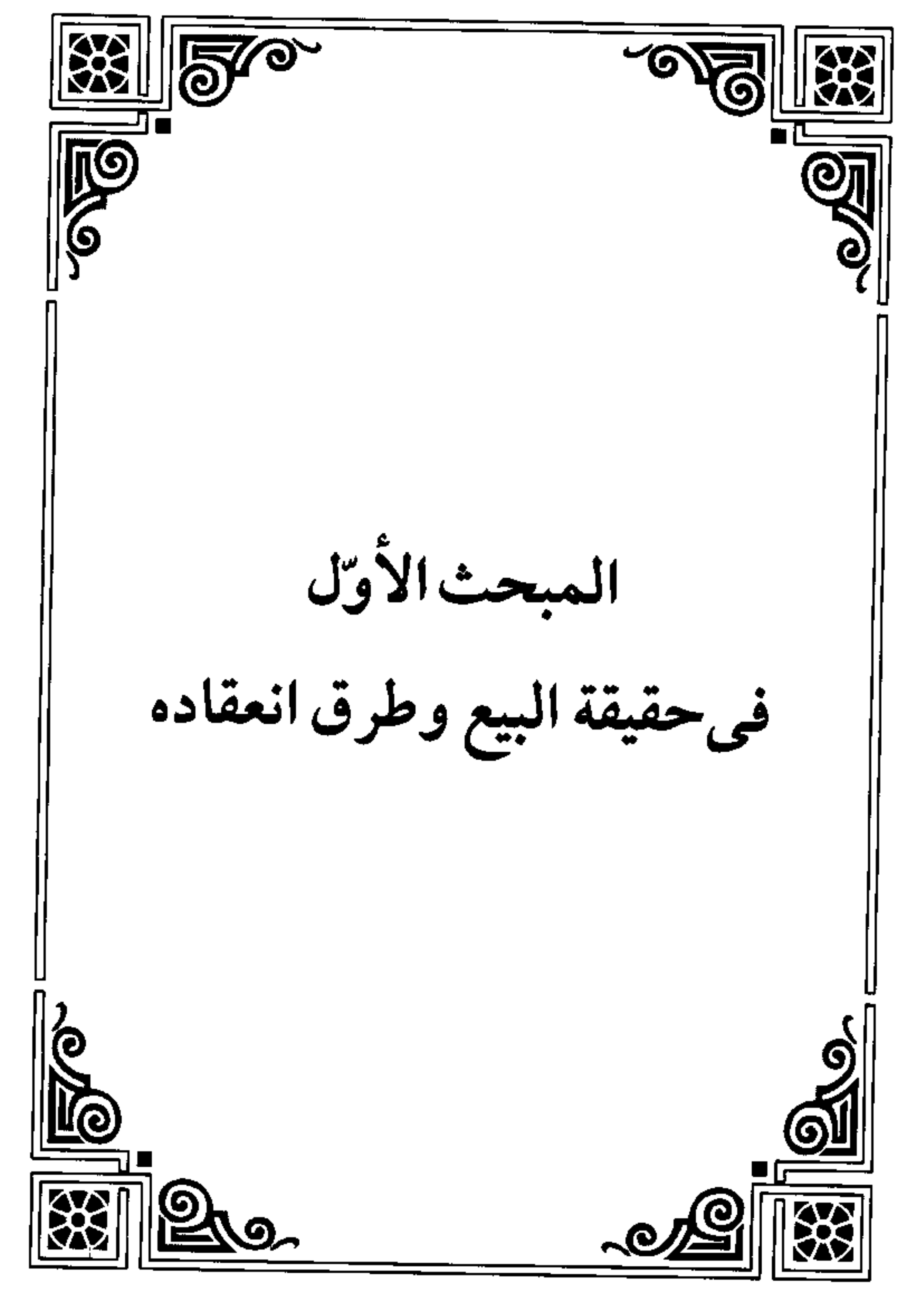
ربّ يسّر ولا تعسّر وتمّم بالخير. ربّ اشرح لى صدرى ويسّرلى أمرى واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى.

اللّهمّ أرنى الحقّ حقّا وارزقنى اتّباعه، وأرنى الباطل باطلا وارزقنى اجتنابه. اللّهمّ اهدنى وسدّدنى وقنى شرّنفسى، اللّهُمّ الْهمْنى رُشدى واعزم لى على رشد أمرى. اللّهمّ خذ إلى الخير بناصيتى واجعل الإسلام منتهى رضائى. اللّهمَّ إنّى اَعُوْذُ بِك من اَنْ أضِلَّ اَو أُضَلَّ ومِن أن أزِلَّ اَوْ أُزلَّ واَعُوْذُ بِكَ مِنْ شَرِّ الشّيطانِ وَشِرْكِه، واَعُوْذُ بكَ مِنَ الْفِتَنِ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ مَابَطَنَ. اللّهُمَّ اِنّى اَسْتَغْفِرُكَ لِماَ تُبْتُ لَكَ مِنْهُ ثُمَّ عدت فيه. اللّهُمَّ اِنّى اَسْتَغْفِرُكَ لِمَا اَرَدْتُ به وجهك ثم خالطنى فيه ما ليس لك. اللّهمّ اجعل عملى هذا خالصاً لوجهك الكريم، وسدّد فيه فكرى وقلمى وخطوتى، وأعِذْنى من الزّلل والخطل، واشرح صدرى لما فيه رضاك يا أرحم الراحمين.

٢٢ محرم ١٤١٦هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com

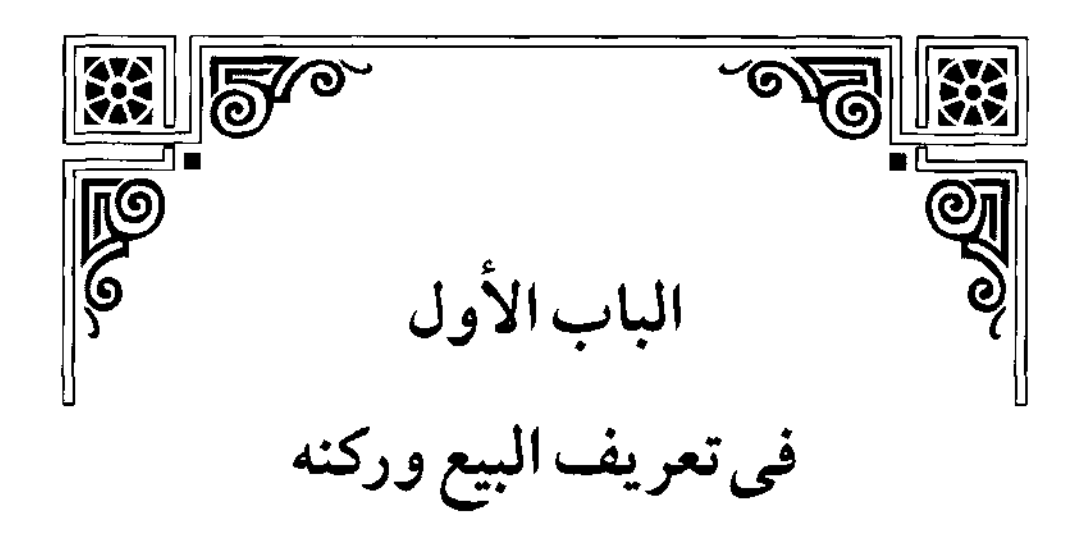


المبحث الأوّل

فى حقيقة البيع وطرق انعقاده

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الأول

في تعريف البيع وركنه

١- تعريف البيع

البيع والشّراء في اللّغة يُطلق على كل مبادلة، سواء أكان مبادلةً للمال بالمال، أم بغيره ولذلك أشار العلاّمة علي حيدر إلى أن معناه اللّغوي "مبادلة الشّيئ بالشّيئ"(١) وذكروا أنّ البيع مشتقّ من الباع، لأنّ كلّ واحدٍ من المتعاقدين يمدّ باعَه للأخذ والإعطاء، ويحتمل أنّ كلّ واحد منهما كان يبايع صاحبه، أي يُصافحه عند البيع، ولذلك يسمى صَفْقة.(٢)

أمّا الشّرع، فقد خصّ من معناه اللّغويّ العامّ، فجعله مقصوراً على "مبادلة المال بالمال على الوجه الذي ينتقل به ملكيّة البدلين شرعاً"(٣) وماذكرنا من تعريفه في

---

(١) دررالحكام، شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر ١:٩٣ تحت مادة رقم ١٠٥

(٢) راجع المغني لابن قدامه ٤:٢

(٣) راجع فتح القدير ٥:٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com



الشّريعة تعريفٌ للبيع الصّحيح، أمّا البيع الباطل، فليس بيعاً فى اصطلاح الشّرع، وإنّما يُطلق عليه لفظُ "البيع" بالمعنى اللغوىّ. وأمّا البيع الفاسد، فهو داخلٌ فى تعريف البيع، لأنّ الشّرع قد أثبت له بعضَ الأحكام عند بعض الفقهاء، ومنهم الحنفيّة، مثل انتقال مِلك المبيع إلى المشترى بعد القبض، وإن كان مِلكاً خبيثاً، وثبوت بعض أحكام الملك، مثل نفاذ البيع من المشترى، كما سيأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا القرض، فلا يقصد به المبادلة، وإنما هو تبرّعٌ ابتداءً ومعاوضةٌ انتهاءً، فليس مبادلةً من كلّ وجه، فخرج من تعريف البيع.

٢- تعريف المال

وأمّا تعريف المال، فقد اختلفت فيه عبارات الفقهاء، فقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى: "المراد بالمال ما يميل إليه الطّبع، ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة [١]. والماليّةُ تثبت بتموّل الناس كافّةً أوبعضِهم، والتّقوّمُ يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعا." وحكى بعد ذلك عن الحاوى القدسّى: "المال: اسمٌ لغير الآدمىّ خُلق لمصالح الآدمىّ، وأمكن إحرازُه والتّصرّف فيه على وجه الاختيار." [٢]

وليس فى هذين التّعريفين ما يقصُر اصطلاح "المال" على الأعيان، بل هو يشمل المنافع المؤبّدة أيضاً، وقد صرّح الفقهاء الشّافعيّة بأنّ تعريف البيع شاملٌ لبيع

(١) أى ولو لوقت قليل، فلا تخرج الأشياء التى يتسارع إليها الفساد، مثل الثمار والخضراوات

(٢) ردالمحتار ١٤: ١٠ فقره ٢٢١٦٩ وراجع أيضا البحر الرائق ٢٥٨:٥

www.besturdubooks.wordpress.com



المنفعة على سبيل التّأبيد. فقال الشّاطريّ: "البيع لغةً: مقابلةُ شيئ بشيئ، وشرعاً: عقدُ معاوضةٍ ماليّة تُفيد ملكَ عين، أومنفعة على التّأبيد، كما فى بيع حق الممرّ، ووضع الأخشاب على الجدار، وحقّ البناء على السّطح"[1]

وكذلك الحنابلة عرّفوا البيع بما يشمل المنافع المؤبّدة، فذكر البهوتيّ رحمه الله تعالى فى تعريف البيع أنّه "مبادلةُ عينٍ ماليّة .... أومنفعة مباحة بأن لا تختصّ إباحتُها بحالٍ دون آخر.... بأحدهما، أى عينٍ ماليّة أو منفعةٍ مُباحة مطلقاً"[2]

وكذلك حكى المرداويّ عن الوجيز: "هو عبارةٌ عن تمليك عينٍ ماليّة، أومنفعة مباحة على التّأبيد بعوض ماليّ"[3]

فظهر بهذا أنّ المنفعةَ المباحة المؤبّدة مالٌ عند الشّافعيّة والحنابلة، يجوز بيعُه وشراؤه. وإنما قيّدوا المنفعة بالمؤبّدة، لأنّها إن لم تكن مؤبّدة، بل أُبيحت لزمان مخصوص، فهي محلُّ الإجارة دون البيع.

ولكن قصر بعضُ الحنفيّة المالَ على الأعيان فقط، فقال الحصكفيّ رحمه الله تعالى في شرحه على ملتقى الأبحر: "والمراد بالمال عينٌ يجرى فيه التّنافس والابتذال"[4] وإنّ هذا التّصريح فى تعريف المال بانحصاره فى الأعيان لايوجد عند غيره بهذا

---

(١) الياقوت النفيس فى مذهب ابن ادريس ص ٧٤، وراجع أيضاً الغاية القصوى للبيضاوى ١:٤٦٠ وفتح الجواد ١:٣٧٣ والشروانى على تحفة المحتاج ٤:٢١٥ ونهاية المحتاج للرملى ٣:٣٦١

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢:١٤٠ ومثله فى كشاف القناع ٣:١٣٥

(٣) الإنصاف للمرداوى ٤:٢٦٠

(٤) الدرا المنتقى، بهامش مجمع الأنهر ٣: ٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الوضوح، ولكنّ الذى يُستنبط من كلام الفقهاء الحنفيّة، ولا سيّما المتأخّرين منهم، أنّ هذا القيدَ ملحوظٌ عندهم فى تعريف المال. ولذا، فإنّ الشيخ مصطفى الزّرقاء انتقد هذه التّعريفات، واستبدل بها تعريفاً آخر،فقال: "المال: هو كلّ عينٍ ذاتِ قيمةٍ ماديّة بين النّاس[١]."

ولكن يظهر من عدّة فروع الحنفيّة أنّهم أجازوا بيعَ بعض المنافع المتعلّقة بالأعيان، مثلِ حقّ المرور، فألحقوها بالأعيان فى كونها مالاً، كما سيأتى تفصيله إن شاء الله تعالى فى شروط المبيع.

وأمّا المالكيّة، فالتّعريف المشهور للبيع عندهم ما يُنسب إلى ابن عرفة رحمه الله تعالى، وهو: "عقد معاوضة على غير منافع، ولامُتعة لذّة"[٢] فيخرج منه النّكاحُ لأنّه عقدٌ على مُتْعة لذّة، وتخرج الإجارة والكراء، لكونهما عقداً على منافع. وإنّ هذا التّعريف، وإن أخرج المنافع من كونها محلاً للبيع، ولكنّ الظّاهر أنّهم أرادوا بذلك المنافع غير المؤبّدة، لتخرج الإجارةُ والكراء من التعريف. أمّا المنافعُ المؤبّدة، فقد أجاز المالكيّة بيعَ كثيرٍ منها، مثلِ حقّ التعلّى، وحقّ غرز الخشب على الجدار، وحقّ الشّرب وغيره [٣] والظّاهر من هذه الفروع أنّهم يُدخلون بعض المنافع المؤبّدة، والحقوق، فى المال الّذى يجوز بيعه وشراؤه.

والواقع أنه لم يرد نصٌّ فى القرآن الكريم والسنّة النبوية يحدّدُ المالَ، أويعرّفه بصفةٍ

(١) راجع "الفقه الإسلامى وأدلته" للزحيلى ٣٤٥:٤

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٢:٣ والزرقانى على مختصر خليل ٥: ٣ والخرشى ٥:٤ وغيره

(٣) المدونة الكبرى ٢٦٥:٣ و٣١٢:٣ ومواهب الجليل للحطاب ٢٧٦:٤ والدسوقى ١٤:٣

www.besturdubooks.wordpress.com



دقيقة، وإنّما تركته الشّريعة على العُرف المتفاهَم بين النّاس، ولذلك يقول ابن عابدين رحمه الله: "والماليّة تثبت بتموّل الناس كافّةً أو بعضهم"[1] فما عُرف كونه مالاً فيما بين النّاس بصفةٍ عامةٍ يُعدّ مالاً، إلاّ إذا ورد النصُّ بخلافه، كما فى الخمر والخنزير. أمّا تقييدُه بالأعيان المادّيّة، فلم يرِدْ بذلك نصٌّ، ولم يطّرد هذا التّقييدُ فى كثيرٍ من المسائل، كما ذكرنا.

وإنّ الكهرباءَ والغاز أصبحا اليومَ من أعزّ الأموال الّتى يجرى فيها التّنافس، ويصعُب إدخالهُما فى الأعيان القائمة بنفسها، ومع ذلك يجوز بيعُهما وشراؤهما. وقد تعامل النّاسُ بذلك من غير نكير،[2] فما ذكرنا عن ابن عابدين من تعريف المال، هو الرّاجح بدون تقييده بالأعيان القائمة بنفسها. وما ليس بعينٍ لايُحكَم بعدم جواز بيعه لمجرّد أنه ليس بعين، ما لم يلزم منه محظورٌ آخر.

والمراد من قولهم "ما يميلُ إليه الطّبع" فى تعريف المال، أن يكون منتفعاً به، فما لا يُنتفع به ليس مالاً، ولايجوز كونُه محلاًّ للبيع والشّراء.

٣- تراضى الطرفين

ومن شروط صحّة البيع أن يقع العقدُ بتراضى الطّرفين، والأصل فيه قول الله سبحانه وتعالى: "يآ أيّها الّذينَ آمنوا لاَ تأكُلُوا اَموا لَكُم بَينَكُم بالبَاطِل إلاّ أن تَكونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم" (النّساء ٢٩:٤) فحيثُ انعدم رضا أحد الفريقين أوكلٍّ منهما، لم يصحّ

(١) ردالمحتار ١٤: ٩ فقره ٢٢١٦٩

(٢) وقد ذكر الشيخ أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى أنّ الكهرباء مال. (إمدادالفتاوى ٣: ٤٩٨ كتاب الشركة، القصص السنيّ)

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع، ولذلك ذكر بعض الفقهاء "تراضيَ الطرفين" كعنصرٍ لازم فى تعريف البيع، ولكنّنا لم نذكره فى التّعريف، لما وقع بين الفقهاء من الخلاف فى حكم البيع إذا عُقد بدون رضا أحد الفريقين، كبيع المكرَه، فذهب بعضُهم إلى أنّه باطل، وذهب آخرون إلى أنّه فاسد موقوف، كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى محلّه. والفاسد من جملة أقسام البيع يتعلّق به بعض الأحكام، فلا ينبغى أن يخرُج من تعريف مطلق البيع. وسوف نذكر هذه التفاصيل فى محلّها إن شاء الله تعالى.

٤- ركن البيع

هناك اختلافُ الاصطلاح فى تعيين أركان البيع. فركنُه عند الحنفيّة: الإيجاب والقبول فقط. ويرى المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة أنّ العاقدين والمعقود عليه من جملة أركان البيع، إضافةً إلى الإيجاب والقبول، لأنَ ركن أيّ شيئ عندهم ما توقّف عليه وجودُ ذلك الشّيئ وتصوّرُه عقلاً، سواءٌ أكان جزءً من حقيقته أم لم يكن. ووجودُ البيع يتوقّف على كلّ من العاقدين والمعقود عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءً من حقيقته.[١]

ويرَى الحنفيّةُ أنّ الرّكنَ فى عقد البيع وغيرِه هو مبادلةُ شيئ مرغوبٍ بشيئ مرغوب.[٢] وقد عبّره الآخرون عن الإيجاب والقبول.[٣] أمّا العاقدان والمحلُّ، فَمِمّا يستلزمه وجودُ الصّيغة، لا من الأركان، لأنّ ما عدا الصّيغة ليس جزءً من حقيقة البيع،

---

(١) الشّرح الصغير للدّردير٣: ١٣ و١٤ ومغنى المحتاج ٢: ٣ وشرح منتهى الإرادات٢: ١٤٠

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣١٨

(٣) الاختيارشرح المختار للموصليّ ٢: ٤

www.besturdubooks.wordpress.com



وإن كان يتوقّف عليه وجودُه. ولكنّ هذا الاختلافَ ليس له أثرٌ على الأحكام، لأنّ الجميع متّفقون على أنّ البيع لاينعقد إلاّ بوجود محلّ العقد والعاقدين وتبادل الإيجاب والقبول بينهما.

وعقّب الشّيخ مصطفى الزّرقاء رحمه الله تعالى على الرّأيين بكلام جيّد فقال:

"الرّكنُ في اصطلاح الفقهاء والأصوليّين هو مايكون به قِوامُ الشّيئ أو وجودُه بحيثُ يُعدّ جزءً داخلاً في ماهيّته. (ر: المصباح المنير، وتعريفات السّيد الجرجانيّ)... وركنُ العقد ما يُعبِّر عن اتّفاق الإرادتين من إيجابٍ وقبول، أو ما يقوم مقامَهما كما سنرى، لأنّهما هما العنصران الذّاتيّان في ماهيّة العقد ومعناه. فبارتباطهما الشّرعيّ يقوم العقد...وعلى هذا لايُعتبر الفاعلُ ركناً في فعله بالمعنى الإصطلاحيّ للرّكن، لأنّ الفاعلَ ليس جزءً ذاتياً في معنى الفعل وماهيّته، وإن كان لابُدّ لكلّ فعلٍ من فاعل. فالعاقدُ إذن لايُسمّى ركناً في العقد، لكنّ بعضَ الفقهاء كالإمام الغزاليّ يعُدّ العاقد ركناً في العقد باعتبار أنّه أحدُ جانبين أساسيّين في تكوينه... وهذا تساهلٌ في التّسمية، وإنّ التّحقيق ما قد بيّنّاه. فالعاقدان والمحلّ المعقود عليه تُعتبر من مقوّمات العقد، ولكنّها ليست أركاناً بالمعنى الإصطلاحيّ للرّكن. فالمقوّماتُ أعمّ من الأركان، لأنّها تشمل كلّ ما لايُمكن وجود العقد فعلاً بدونه من ركنٍ، أو عاقدٍ، أومحلٍّ." (١)

---

(١) المدخل الفقهيّ العامّ للشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى ١: ٣٨٩ و ٣٩٠ باب ٦ فصل ٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٥- الاختلاف فى اصطلاح الإيجاب والقبول

وكذلك اختلفت اصطلاحاتُ المذاهب الفقهيّة فى تعريف الإيجاب والقبول. فما مشى عليه المذاهبُ الثّلاثة من الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة أنّ اصطلاح "الإيجاب" مختصٌ بكلام البائع، و"القبول" مختصٌ بالمشترى. وأمّا فى اصطلاح الحنفيّة، فالإيجابُ أوّلُ كلامٍ عُرض على الآخر لإنشاء العقد، سواءٌ أصدر من البائع، أم من المشترى. فإن بدأ المشترى وقال: "اشتريتُ منك كذا بكذا" فهو إيجاب، وقولُ البائع "قبلتُ" أو "بعتُ" قبول. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى:

"والإيجابُ لغةً: الإثبات لأيّ شيئٍ كان، والمراد هُنا إثباتُ الفعل الخاصّ الدّالّ على الرّضا الواقع أوّلاً، سواءٌ وقع من البائع، كَ"بعتُ" أو من المشترى، كأن يبتدئ المشترى، فيقول: "اشتريتُ منك هذا بألف". والقبول: الفعل الثّانى، وإلاّ فكلٌّ منهما إيجاب، أى إثبات، فسُمّيَ الإثباتُ الثّانى بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأوّل، ولأنّه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأوّل."[١]

ولكنّ هذا الاختلاف أيضاً إنّما هو فى الاصطلاح، وليس له كبيرُ أثرٍ فى الأحكام، لأنّ الإيجابَ، وإن كان يختصّ فى المذاهب الثّلاثة بالبائع، ولكن لايجب عندهم أن يكون الإيجابُ متقدّماً على القبول، أو أن يكونَ ابتداءُ إنشاء البيع من البائع. بل يجوز أن يبدأ المشترى بقوله مثلاً: "اشتريتُ منك كذا بكذا" ويقول البائع: "بعتُ". وفى هذه الصّورة يكون القبولُ متقدّماً على الإيجاب، وينعقد البيع. قال

---

(١) فتح القدير ٥: ٤٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فالإيجابُ أن يقول: بعتُك، أو ملّكتك، أو لفظٌ يدلّ عليهما، والقبولُ أن يقول: "اشتريتُ" أو "قبلتُ" ونحوهما. فإن تقدّم القبولُ على الإيجاب بلفظ الماضي، فقال: "ابتعتُ منك" فقال: "بعتُك" صحّ، لأنّ لفظ الإيجاب والقبول وُجِد منهما على وجهٍ تحصُل منه الدّلالة على تراضيهما به، فصحّ كما لو تقدّم الإيجاب."[١]

أمّا من ناحية مدلول اللّفظ، فاصطلاحُ الحنفيّة يبدُو راجحاً، لأنّ لفظَ "القبول" يقتضى أن يكون قبولاً لشيئٍ سابقٍ عليه. فإن لم يتقدّم الإيجاب، كيف يُطلق عليه لفظ "القبول"؟ وكيف يُعقلُ أن يكون القبولُ متعلّقاً بشيئٍ لم يحدُث بعدُ. ولذلك جرت الأعراف المعاصرة على اصطلاح الحنفيّة. و عرّفت مجلّةُ الأحكام العدليّة الإيجابَ والقبول على قول الحنفيّة بما يأتي:

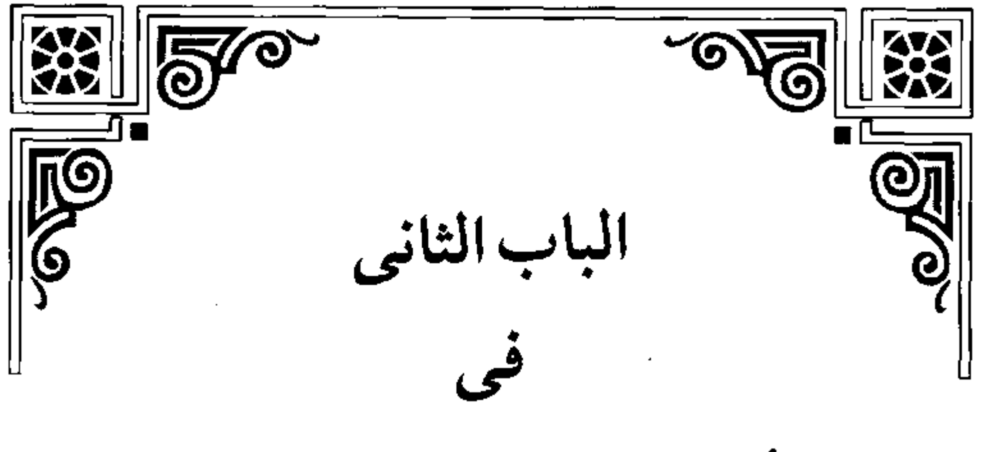
" أوّلُ كلامٍ يصْدُرمن أحد العاقدين لأجل إنشاء التّصرّف" والقبول: "ثانى كلامٍ يصدُر من أحدِ العاقدَيْن لأجل إنشاء التّصرّف. وبه يتمّ العقد."[٢]

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٣ وراجع لمذهب المالكيّة منح الجليل لعليش ٢: ٤٦٣ ولمذهب الشّافعيّة المهذّب للشّيرازيّ مع شرحه ٩: ١٦٢

(٢) هذان التعريفان مأخوذان من مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٠١ و ١٠٢

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الثانى

فى

أحكام الإيجاب والقبول

والكلامُ فى الإيجاب والقبول ينقسم إلى الكلام فى صِيْغتهما، وطريق أداءهما، وموافقتِهما، وارتباطِهما زمنيًا، فنذكر خلاصة أحكامهما بهذا التّرتيب:

٦- صيغة الإيجاب والقبول

أمّا صيغةُ الإيجاب والقبول، فهيَ كلُّ صيغة تُنبئ عن معنى التّملّك والتّمليك بعوض، مثل "بعتُ واشتريتُ" و "رضيتُ" أو "أعطيتك بكذا" أو "خُذْه بكذاً أو "كُلْ هذا الطّعامَ بدرهم" وبالجملة، فلا يُشترط أن يكون الإيجاب أو القبول بلفظ "البيع" وإنّما ينعقد البيع بكلّ لفظ يُنبئ عن ذلك عُرفاً، حتىّ قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى : "وفى عُرفنا يسمّى بيعُ الثّمار على الأشجار "ضماناً" فإذا قال: ضمِنْتُك هذه الثّمار بكذا وقَبِل الآخر، ينبغى أن يصحّ."[١]

---

(١) ردالمحتار ١٤: ٣٩ فقره ٢٢٢٢١

www.besturdubooks.wordpress.com



ولو قال الرّجل لآخر: وهبتُ منك هذا الشّيئ بألف، وقال الآخر: قبلتُ، صحّ البيع. ولو قال المشترى: "اشتريتُ بكذا،" فقال البائع: "رضيتُ"، أو "أمضيتُ"، أو "أجزت"، صحّ البيع. وعن أبى يوسف رحمه الله: لو قال لآخر: "عبدى هذا لك بألفٍ إن أعجبك"، فقال: "أعجبنى"، فهذا بيع، كذا فى الخلاصة. وكذلك إذا قال: "إن وافقك،" فقال: "وافقنى." وكذلك إذا قال: "إن أردت"، أو "هَويتَ"، فقال: "أردتُ"، أو "هويتُ"، فهذا بيعٌ كلّه فى الجواب، وأمّا فى الابتداء فلا يلزمه.[1]

٧- السّكوت ليس قبولاً

ولكن يجب لقبول الإيجاب أن يكون ملفوظاً أوعملاً، بأن يقبلَ المشترى المبيعَ، أويقبل البائعُ الثّمن. أمّا مجرّدُ السّكوت بعد الإيجاب، فلايُعَدّ قبولاً. وذلك لما تقرّر من أنّ السّاكت لاينسب إليه قول. قال الأتاسيّ رحمه الله تعالى فى شرح هذه القاعدة:

"إنّ الشّرع ربَط معاملاتِ النّاس بالعبارات الدالّة على المقاصد، وما جعل للسّكوت حكماً يُبنى عليه شيئ، كما تُبنى الأحكام على الألفاظ."[2]

وإنّ لهذه القاعدة مستثنيات، مثلِ كون سكوت البكر يدلّ على رضاها بالنّكاح، ولكن ليس البيع من جملة هذه المستثنيات. وعلى هذا لو أوجب البائعُ إلى المشترى بكتاب، وكتب فى آخره: "إن لم أتسلّم أيَّ جوابٍ منك إلى مدّة أسبوع، فإنّى أعتبر ذلكَ قبولاً منك، ويتحتّم البيع" ولم يبعث المكتوبُ إليه جواباً فى هذه

---

(١) الفتاوى الهندية ٣:٤ لكن قال النوويّ رحمه الله تعالى: "لو قال بعتك هذا بألف إن شئت، فقال: شئت، لم يصحّ البيع بلا خلاف." (المجموع شرح المهذّب ٩: ١٧٠) والحاصل أنّ دلالة الصّيغ على البيع تبتنى على العرف.

(٢) شرح المجلة المادّة ٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

المدّة، لم يصحَ البيع، لأنَ مجرّدَ السّكوت لا يكفى للقبول، وإنّه لايجوز للكاتب أن يُلزم المكتوب إليه بما لا يلزمه.

٨- هل يجب أن يكون البيع بصيغة الماضى؟

ثمّ تتّفق المذاهب الفقهيّة فى جُملتها على أنّ الأصلَ أن يكون الإيجابُ والقبولُ فى البيع بلفظين ماضيين، لا بلفظين يدلاّن على الاستقبال، ولا بلفظين أحدُهما مستقبل، والآخر للماضى.[١] وهذا التّقييد إنّما يختصّ باللّغة العربيّة، لأنّها تقصُر الألفاظ المنشِئةَ للعقود على الألفاظ الماضية، ولأنَ صيغةَ المضارع فيها لا تتمحّض لمعنى الحال، بل تحتملُ الحالَ والاستقبالَ جميعاً. وصيغةُ الاستقبال لاينعقد بها البيع، لأنّه مساومةٌ، أووعد. فمَن قال: "بِعْنى هذا الثّوبَ بعشرة"، فهذه مُساومة، وإذا قال: "أبيعُك"، فهذا وعد. فالمضارعُ والأمرُ لايدلاّن على إنشاء العقد، فصيغةُ الماضى هي الّتى تدلّ على إنشاء العقد.

هذا هو الأصل فى اللّغة العربيّة، ولكن إذا استعمل العاقدان صيغةَ المضارع، وصرّحا بأنَ مقصودَهما الحالُ دون الاستقبال، صحّ بها البيع. قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "واعلم أنّ عدمَ الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نيّة الحال. أمّا إذا تصادقا على نيّة البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء، لأنَ صيغةَ الاستقبال تحتملُ الحال، فيثبت بالنّيّة."[٢]

أمّا فى اللّغات الأخرى الّتى أُفردت فيها صيغةُ الحال عن صيغة الاستقبال،

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة ٤: ٣ وفتح القدير ٥: ٤٥٦

(٢) فتح القدير و مثله فى ردالمحتار ١٤: ٤٠ فقره ٢٢٢٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com



واستُعملت لإنشاء العقود، كما فى الأرديّة، والفارسيّة، والانكليزيّة، فلا يحب أن يكون الإيجابُ والقبول بلفظ الماضى، بل يجوزُ أن يكونا بصيغة الحال. نعم، لا ينعقد البيعُ بالصّيغة الّتي تتمحّض لمعنى الاستقبال، لأنّها لم توضع لإنشاء العقد فى الحال، وإنّما تدلّ على الوعد أو المساومة. وهنا أيضاً قد تكون صيغةُ الإنشاء مقدّرةً بالاقتضاء، مثلَ أن يقول المشترى: "اشتريتُ منكَ هذه الدّابة بألف درهم"، فقال البائع: "خُذها"، أو قال: "هاتِ الثّمن"، صحّ البيع، لأنّ تقديرَ قول البائع: "قبلتُ، فخُذها" أو "قبلتُ، فهاتِ الثّمن".

وبما أنّ صيغةَ العقد تختلف باختلاف اللغّات، فإن مجلّةَ الأحكام العدليّة لم تُقيّدهما بصيغة مخصوصة، ونصّت فى المادة ١٦٨ أنّ "الإيجاب والقبول فى البيع عبارةٌ عن كلّ لفظين مستعمَلين لإنشاء البيع فى عُرف البلد والقوم."

٩- الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى العقد

ثم الّذى يظهر من الفروع التى ذكرها جمهور الفقهاء فى تفسير الإيجاب والقبول: أنّهم يتصوّرون تحقّقَ الإيجاب إذا كان موجَّها إلى شخصٍ معيّن، أوجهةٍ معيّنة، وإن كان هذا الشّرطُ غيرَ موجود بهذه الصّراحة فى عامّة كتب الفقه.

ولكن يوجد عند المالكية فرعٌ يُجيز توجيهَ الإيجاب إلى عامّة النّاس. قال الدّسوقى رحمه الله:

"وأمّا لو عَرَض رجلٌ سلعتَه للبيع وقال: "من أتانى بعشرة، فهى له"، فأتاه رجل بذلك، إن سمع كلامَه، أو بلغه فالبيعُ لازم، وليس للبائع منعُه، وإن لم

www.besturdubooks.wordpress.com



يسمعْه ولا بلغه، فلا شيئَ له. ذكره فى نوازل البرزالى، ومثلُه فى المعيار."[١]

وعند عدم التَصريح بما يعارض هذا الفرعَ عند الفقهاء الآخرين، يمكن أن نستنبط أنّ الإيجابَ يُمكن توجيهُه إلى عامّة الناس، بشرط أن تكون عبارةُ الإيجاب واضحةً تدلّ على إرادة إنشاء العقد، دونَ الدّعوة المحضة إلى الشّراء. فقولُ البائع فى الفرع المذكور "من أتانى بعشرة، فهى له" صريحٌ فى أنّه يُريد إنشاءَ العقد بعشرةٍ فى الحال. وقاس عليه بعضُ المعاصرين أنّه لو عَرَض البائعُ سلعتَه فى الواجهة، ووضع قائمةَ الأسعار بإزائها، فإنّه يُعتبر إيجاباً، ويجب القولُ بانعقاد العقد إذا التقى هذا الإيجابُ بالقبول ممّن له أهليّةُ التّعاقد.

وعلى هذا مشى بعضُ القوانين الوضعيّة، مثل المادّة السّابعة من قانون الالتزامات السّويسرى[٢] والمادة (٨٠) من القانون المدنىّ العراقىّ[٣]، ويخالفها فى ذلك القانونُ الإنكليزىّ، حيثُ لا يَعتبر مجرّدَ عرض السّلعة بثمنٍ معيّن مكتوبٍ إيجاباً قانونيّا، بل يعتبره دعوةً للشّراء، فلا يتمُّ العقد بقبول المشترى فحسب، بل يجب أن يصدُر منه الإيجاب للشّراء، والبائع مخيّرٌ فى أن يقبله أويردّه، إلاّ إذا وقع منه التَصريح بأنّ البيعَ يتمّ لأوّل مشترٍ يبذُل الثّمنَ المكتوب[٤].

والّذى يتحصّل من كلام الفقهاء كما ذكرنا، أنّ عرضَ السّلع ليس إيجاباً فى عامّة الأحوال، إلاّ إذا اتّصل به تصريحٌ من البائع يدلّ على أن عَرْضَه يمثّل الإيجاب،

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣:٤، باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا

(٢) نظرية العقد، للأستاذ عبد الرزاق السنهورى، ص٢٥٦

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد السادس، الجزءالثانى، ص ٩٨٠ بحث الدكتور كافى دونمز

(٤) CHITTY: ON CONTRACTS V- 1, P.48 ED. 1977

www.besturdubooks.wordpress.com

بحيث لايريدُ لإنشاء البيع إلاّ القبولَ من المشترى، وبما أنّ هذا الشّرط مفقود فى عامّة العروض، فإنّها لا تُعدّ إيجاباً، وإنّما هى دعوةٌ للشّراء.

وكذلك الدّعوة العامّة عن طريق النّشرة فى الصّحف والمجلاّت والإعلانات المنشورة عن طريق المذياع والتّلفزيون ليست إيجاباً، وإنّما هى دعوةٌ عامّةٌ للتّعاقد، فإن تقدّم أحدٌ بإيجابِ الشّراء اعتماداً على هذه النّشرات أو الأسعار، فالبائعُ له خيارُ القبول، ولايتمّ البيعُ إلا بقبول منه. والتّاجرُ الّذى أعلن سعراً، ثم خالفه عند العقد، فإنّه تجرى عليه أحكام خُلف الوعد من كونه خلافَ الدّيانة والأخلاق التّجاريّة، ولكن لايتمّ العقدُ إلاّ بقَبوله.[1]

نعم، يُتصوّر الإيجاب الموجّه إلى الجمهور الّذى ذكره المالكيّة فيما يحصُل فى البورصات العالميّة، حيثُ يسجّل رجلٌ إيجابَه فى الحاسوب (الكمبيوتر)، وهذا الإيجاب موجّهٌ إلى كلّ من يقرأه، وهذا التّسجيلُ ليس دعوةٌ للشّراء فقط، وإنّما هو

---

(١) وعلى مثل هذا نصّ ميثاق الأمم المتحدة للبيـوع الدوليـة (United Nation's Convention on Contracts for the International Sale of Goods). فجاء فى المادة ١٤ منه ما يأتى:

(1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

(2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal. (CISG Article 14).

www.besturdubooks.wordpress.com

إيجابٌ موجّهٌ إلى الجمهور بحكمِ العُرف. فكلٌّ مَن سجّل قبولَه في الحاسوب، تمّ له البيع[1] دون أن يكون للطَرف الأوّل خيار.

١٠- طريق أداء الإيجاب والقبول

أمّا طريق أداء الإيجاب والقبول، فالأصلُ فيه المشافهة، وهو أن يتلفّظ كلٌّ واحدٍ من الفريقين بصيغة إنشاء العقد. ولكن إذا كان أحدُ العاقدين أخرس، فإنّه يكفي منه إشارةٌ مفهومة، سواء أكان عالماً بالكتابة أم لم يكن، لأنّ الإشاراتِ من الأخرس تقومُ مقامَ المشافهة في جميع تصرّفاته، فلايجب أن يتكلّف الكتابةَ للإيجاب أو القبول.[2]

أمّا إذا كان قادراً على التّكلم، فلا ينعقد البيع بالإشارة فقط.[3] قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: "أمّا القادر على النُّطق، فلا تقوم إشارتُه مقامَ النُّطق عند الأكثرين."[4]

ونقل ابن عابدين رحمه الله تعالى عن الحاوي للزّاهديّ أنّ الفضوليّ إذا باعَ مالَ غيره، فبلغه، فسكت متأمّلاً، فقال ثالث: "هل أذنتَ لي في الإجازة؟" فقال: "نعم"، فأجازه، ينفُذ. و لو حرّك رأسَه بِ "نعم" فلا، لأنّ تحريكَ الرّأس في حقّ النّاطق لا يُعتبر. ثمّ قال ابنُ عابدين : "لكن قد يقال: إذا قال له: "بعني كذا بكذا"، فأشار برأسه: "نعم"، فقال الآخر: "اشتريتُ"، وحصل التّسليم بالتّراضي، يكونُ بيعاً بالتعاطي[5]." فالبيعُ إنّما انعقد

---

(١) بشرط أن تتوافر فيه الشروط الأخرى لصحة البيع

(٢) قال النّوويّ رحمه الله تعالى: "يصحّ بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة وبالكتابة بلا خلاف للضّرورة." (المجموع شرح المهذّب ٩: ١٧١) ومثله في المغني لابن قدامة ٤: ٩

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر ١:١٢٢

(٤) فتح الباري، كتاب الطلاق، قبيل باب اللعان ٩: ٤٣٨

(٥) ردالمحتار ١٤: ٤٠ فقره ٢٢٢٢١

www.besturdubooks.wordpress.com



فيه بالتّعاطى، لا بالإشارة.

١١- البيع بالكتابة والآلات الحديثة

وكذلك يجوز أن يُعقد البيعُ بالكتابة والرّسالة. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "صورةُ الكتابة أن يكتُب: "أمّا بعد، فقد بعتُ عبدى فلاناً منك بكذا". فلمّا بلغه الكتاب، قال فى مجلسه ذلك: "اشتريتُ"، تمّ البيع بينهما. وصورةُ الإرسال: أن يُرسل رسولاً، فيقولَ البائع: "بعتُ هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهب يا فلان! وقُل له." فذهب الرّسولُ فأخبره بما قال، فقبِل المشترى فى مجلسه ذلك.... ويكونُ بالكتابة من الجانبين. فإذا كتب: "اشتريت عبدَك فلاناً بكذا،" فكتب إليه البائع: "قد بعتُ،" فهذا بيع، كما فى التّتارخانيّة[1]."

ويُقاس عليه التّلكس والفاكس، حيث يجوزُ الإيجاب والقبول بهما، بشرط أن يكونا آمنَين من التّزوير. وجاء فى قرار (٥٤\٣\٦) لمجمع الفقه الإسلاميّ بجدّة:

"إذا تمّ التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكانٌ واحد، ولا يرى أحدُهما الآخرَ معاينةً، ولايسمع كلامَه، وكانت وسيلةُ الاتّصال بينهما الكتابةَ أو الرّسالةَ أو السّفارة (الرّسول) وينطبقُ ذلك على البرق والتّلكس والفاكس وشاشات الحاسوب الآليّ (الكمبيوتر). ففى هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجّه إليه وقبوله...

وما يتعلّق باحتمال التّزييف، أو التّزوير، أوالغلط، يُرجع فيه إلى القواعد

---

(١) ردالمحتار ١٤: ٤٥ فقره ٢٢٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

العامّة للإثبات[1]"

وأمّا الهاتف (التّليفون) والجهازُ اللاّسلكيّ، فالتّعاقد بهما كالتّعاقد مشافَهة، وإن كان أحدُهما لا يرى الآخر، لأنّ ذلك ليس بشرط لصحّة العقد. قال النّوويّ رحمه الله:

"لو تناديا، وهما متباعدان، وتبايعا، صحّ البيعُ بلاخلاف[2]"

ولهذا نصّ القرار السّابق لمجمع الفقه الإسلاميّ في مادّته الثّانية مايلي:

"إذا تمّ التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاّسلكي، فإنّ التّعاقد بينهما يُعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتُطبّق على هذه الحالة الأحكامُ الأصليّة المقرّرة لدى الفقهاء"

ولكنّ العقد بين شخصين متباعدين، سواء أكان بطريق التّلكس والفاكس، أم بطريق الهاتف أو الجهاز اللاّسلكيّ، إنّما يصحّ فيما لا يُشترطُ فيه القبضُ في مجلس العقد. أمّا العقودُ الّتي يُشترط فيها التّقابض من الجانبين، كالصَّرف، فإنّها لا تتمّ بهذه الآلات، إلاّ إذا كان لكلّ واحدٍ منهما وكيلٌ بالتسلّم عند الآخر، فيتسلّم وكيلُ كلّ واحدٍ منهما ما وجب لموكّله في مجلس إجراء الاتّصال، أو عن طريق بنكٍ في بلد كلّ واحد منهما فيه رصيدٌ لكليهما، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى. وإلاّ فيعتبر هذا الاتّصالُ الآليّ مساومةً، أو وعداً بالعقد، ويتمّ العقد في وقتٍ لاحقٍ يتحقّق فيه القبض المشروط.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس ٢: ١٢٦٧و ١٢٦٨

(٢) المجموع، شرح المهذب للنووي، دار الطباعة المنيرية ٩:١٨١

www.besturdubooks.wordpress.com



١٢- موافقة الإيجاب للقبول

يجب لصحّة العقد أن يكون القبولُ موافقاً للإيجاب في المبيع وقدرِه وصفتِه، وفي قدر الثّمن وجنسِه، وفي شرط الخيار. فإذا خالف القبولُ الإيجابَ في أحد هذه الأشياء، لم يتمّ به العقد. فلو قال البائع: "بعتُك هذا الثّوبَ الّذي هو عشرةُ أذرع بمائتي ربّية"، فلا بدّ أن يقع قبولُ المشتري على جميع هذه التّفاصيل، وليس له أن يقبل خمسةَ أذرعٍ من ذلك الثّوب بمائة ربّية، أو يقبلَ الثّوبَ كلّه بثمنٍ أقلّ، أو يقبلَه بشرط الخيار لنفسه، ولو فعل شيئاً من ذلك لم يتمّ به البيع، وإنّما يُعتبر إيجاباً جديداً من قِبَله، ويحتاج إلى قبول البائع. فإن قبل البائع، صارالإيجابُ الأول باطلاً، وكلام المشتري إيجاباً جديداً، ورضا البائع قبولاً، وينعقد البيع على هذا الوجه.[1]

وينطبق هذا الأصلُ أيضاً على ما إذا أوجبَ أحد المتبايعين في أشياءَ متعدّدة بصفقة واحدة، وعيّن لكل منها ثمناً على حدة، مثلاً: لو قال البائع: "بعتُ هذه الأثواب الثّلاثة، كلٌّ واحدٍ بمائة ربّية،" وقال المشتري: "قبلت أحدَهما بمائة ربية،" لاينعقد البيع[2]، لأنّ الإيجابَ إنّما وقع على ثلاثة أثواب مجموعة، فليقع القبولُ عليها جميعاً، ولا يجوز تفريق هذه الصّفقة من قِبل المشتري. وهوالّذي يُسمّيه الفقهاء تفريقَ الصّفقة قبل التّمام.

قال الكاساني رحمه الله تعالى:

"والصّفقةُ إذا وقعت مجتمعةً من البائع، لايملكُ المشتري تفريقَها قبل التّمام، لأنّ من عادة التّجّار ضمّ الرّديئ إلى الجيّد، ترويجاً للرّديئ بواسطة

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر ١:١٢٨

(٢) الفتاوى الهندية ٣:١٤ مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الجيّد، فلو ثبت للمشترى ولايةُ التّفريق لَقَبِل فى الجيّد دون الرّديئ، فيتضرّربه البائع، والضّررمنفيّ، ولأنّ غرض التّرويج لايحصل إلاّ بالقبول فيهما جميعاً، فلايكونُ راضياً بالقبول فى أحدهما، ولأنّ القبولَ فى أحدهما يكون إعراضاً عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس."[1]

نعم، يعتبر قوله إيجاباً جديداً من المشترى، فيتوقّف على قبول البائع.

١٣- الموافقة الضمنيّة للإيجاب

وقد تكون موافقةُ الإيجاب والقبول ضمناً، وهى كافيةٌ لانعقاد البيع، مثل أن يقع الإيجابُ من البائع بثمن، ويقع قبولُ المشترى بثمنٍ أكثر منه، فلو قال البائع: "بعتك هذا الثّوب بمائة"، فقال المشترى: "قبلتُه بمائة وعشرة"، انعقد البيعُ على المائة[2]، لأنّ قبولَ المشترى بمائة وعشرة يتضمّن قبولَه بمائة، والقدرُ الّذى زاده المشترى فى القبول لا يلزمه دفعُه، إلاّ إذا قبلها البائع فى المجلس، فحينئذٍ يجب على المشترى دفعُها.

وكذلك إن أوجب المشترى بثمن، فقبِل البائع بثمنٍ أقلّ منه، انعقد البيع على القدر الأقلّ، لأنّ الموافقةَ قد حصلت ضمناً.

وهذا الحكم يجرى أيضاً فيما إذا كانت الزّيادةُ المعروضةُ من قِبل المشترى من غير جنس الثّمن المذكور من قبل البائع. فلو قال البائع: "بعتُ هذا الثّوب منك بمائة

---

(١) بدائع الصنائع، الشروط التى ترجع إلى نفس العقد ٤: ٣٢٣

(٢) المجلة، مادة ١٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com



ربّية"، وقال المشترى: "اشتريتُه بمائة ربية وخمس ريالات سعوديّة"، انعقد البيعُ على مائة ربّية، ولايلزم المشتريَ دفعُ خمس ريالات، إلاّ إذا قبلها البائعُ فى المجلس. وكذلك لوقال المشترى: "اشتريتُه منك هذا الثّوبَ بمائة ربّية وخمس ريالات"، وقال البائع: "بعتُه منك بمائة ربية فقط"، انعقد البيع على مائة ربّية.

أمّا إذا كان هناك مباينةٌ بين الثّمن المذكور فى الإيجاب والثّمن المذكور فى القبول، فإنّها لا تعتبر موافقةً ضمنيّة، فلا ينعقد البيع. وهذا كما إذا قال البائع: "بعتُ هذا الثّوبَ منك بمائة ربية، فقال المشترى: قبلتُه بخمسة عشر ريالاً سعوديّاً"، لا ينعقد البيع، (سواء كانت قيمةُ خمسة عشر ريالاً أكثرَ من مائة ربّية) لأنّ بين الربّية والرّيال مباينةً، وقد يُريد البائع ربّيات، ولا يريد الرّيالات، فلم تحصُل الموافقة بين الإيجاب والقبول[1].

١٤- الارتباط بين الإيجاب والقبول

وكذلك يجب لصحّة البيع أن يكون القبولُ مرتبطاً بالإيجاب. ويجب لهذا الارتباط أن يتحقّق أمران:

الأوّل: أن يكون القبولُ فى جواب الإيجاب. فإن كان مستقلاً عنه، فلا يُعتبر قبولاً، وإنّما هو إيجابٌ آخر. وعلى هذا، لوكتب زيد إلى عمرو: "بعتُك سيارتى بمائة ألف" وقبل أن يصلَ الكتابُ إلى عمرو، كتب هو (أى عمرو) إلى زيد: "اشتريتُ منك سيّارتك بمائة ألف." ولم يعلم أحدُهما بكتاب الآخر إلاّ بعد إرسال كتاب

(١) راجع دُرر الحكام، لعلى حيدر ١٢٩:١

www.besturdubooks.wordpress.com

نفسه، فمجرّدُ وصول الكتابين إلى زيدٍ وعمروٍ لا يُعدّ بيعاً بينهما، بل كلٌ واحدٍ من الكتابين إيجاب، فللآخر أن يقبَله أويردّه، ولايتمّ البيعُ حتىّ يصدر هناك قبولٌ من أحدهما، لأنّ كتابَ كلّ واحد منهما إنّما صدر إيجاباً للبيع، وكلٌ واحد منهما يعرف أنّه يحتاج إلى قبول الآخر، وأنّه يجوز له الرّجوعُ عن إيجابه قبل أن يقبَله الآخر، فلا يسقط حقٌ رجوعه عنه لمجرّد أنّ الآخرَ أصدر إيجاباً مماثلاً آخر.

والثّاني: أن تصحّ إضافةُ القبول إلى الإيجاب بوجهٍ معقول، دون أن يتخلّل بينهما ما يقطع هذه الإضافة عرفاً. وهذا الارتباطُ يختلف باختلاف الأحوال. فإذا كان العقدُ بين شخصين حاضرين، فقد ذكر الفقهاء أنّ الرّابطَ بينهما هو المجلس. فإذا أوجب البائعُ، فللمشترى أن يقبلَه ما داما فى المجلس، أمّا إذا انقطع المجلسُ قبلَ القبول، بطل الإيجاب. فلا يجوز للمشترى أن يبنيَ قبولَه على ذلك الإيجاب، فلا ينعقد البيع بقبوله بعد المجلس. ولو فعل ذلك ،كان إيجاباً جديداً من قِبله، فيحتاج إلى قبول البائع. وكذلك لو خرج قبول المشترى ورجوع البائع معاً، فإنّه يُبطل الإيجاب، ولا ينعقد به البيع.[1]

١٥- تعاقد البيع بالمراسلة

أمّا إذا كان التّعاقدُ بين غائبين بالمراسلة، فقد ذكر الفقهاء أن المعتبر مجلس وصول الرّسول أو الخطاب. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"أمّا الرّسالة، فهى أن يرسل رسولاً إلى رجل، ويقول للرّسول: "إنّى بعتُ

(١) شرح المجلة للأتاسي، مادة ١٨٤ عن الخانية والتتارخانية

www.besturdubooks.wordpress.com



عبدى هذا من فلان الغائب بكذا، فاذهب إليه وقُل له: إنّ فلاناً أرسلنى إليك، وقال لي: قُل له: إنّى قد بعتُ عبدى هذا من فلان بكذا، فذهب الرّسول، وبلّغ الرسالة، فقال المشترى فى مجلسه ذلك: "قبلتُ"، انعقد البيع، لأنّ الرّسولَ سفيرٌ ومعبّر عن كلام المرسل، ناقلٌ كلامَه إلى المرسَل إليه، فكأنّه حضر بنفسه فأوجب البيع، وقبِل الآخر فى المجلس.

"وأمّا الكتابة، فهيَ أن يكتب الرّجل إلى رجل: "أمّا بعد، فقد بعتُ عبدى فلاناً منك بكذا"، فبلغه الكتاب، فقال فى مجلسه: "اشتريت"، لأنّ خطابَ الغائبِ كتابُه، فكأنّه حضر بنفسه، وخاطب بالإيجاب، وقبِل الآخر فى المجلس[١]."

وقال الغزاليّ فى الفتاوى:

"إذا صحّحنا البيعَ بالمكاتبة، فكتب إليه، فقَبلَ المكتوبُ إليه، ثبت له خيارُ المجلس ما دام فى مجلس القبول...ويتمادَى خيارُ الكاتب إلى أن ينقطع خيارُ المكتوب إليه، حتّى لو علم أنّه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسَه، صحّ رجوعُه، ولم ينعقد البيع. والله أعلم"[٢]

وظاهرُ مثلِ هذه النّصوص الفقهيّة أنّ الإيجابَ إنما يبقى إلى آخر مجلس وصول الكتاب، فلو لم يقبل المكتوبُ إليه فى نفس المجلس الّذى تسلّم فيه الكتاب، سقط الإيجاب. فلايجوز له أن يبنيَ قبولَه عليه. ولئن كتب إليه بعد ذلك موافقتَه للعقد،

---

(١) بدائع الصنائع ٥:١٣٨

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ١٦٨وراجع أيضا كشاف القناع للبهوتى ٣: ١٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّما يكون إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول الموجِب الأوّل. ولكنَ هذا فيه حرجٌ لا يخفى، لأنَ امتدادَ الإيجاب وخيارَ قبوله إلى آخر مجلس العقد، إنّماشُرع للتأمّل والتروّى، كماصرّح بذلك الكاسانيّ رحمه الله. ويكفى لذلك مجلسُ العقد بين الحاضرَين، لأنّ العادةَ أن يكون مثلُ هذا المجلس بين الحاضرين يستمرّ إلى أن يحصُل التروّى، ولو انقطع المجلس، فإنّه يسهُل تجديد الإيجاب بين الحاضرَين، بخلاف مجلس وصول الكتاب، فإنّه قد يصلُ الكتاب فى حالةٍ مستعجلةٍ لا تكفى للتّروّى، ولو انقطع المجلس، فلا يسهُل تجديد الإيجاب.

ثمَ إنّ إثباتَ القبول فى المجلس عند حضور الفريقين سهل، بخلاف الغائبَين، فإنّ هناك صعوبةً فى إثبات أنَ المكتوبَ إليه قَبِل فى مجلس وصول الكتاب أو بعده، فينبغى أن يكون هناك فرقٌ بين العقد الشّفهّى والعقد الكتابىّ.

ولعلّ البعضَ من الفقهاء الحنفيّة تنبّهوا لهذه الفروق بين الخطاب والكتاب، والتمسوا الحلولَ لهذه المشاكل. فقال شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه:

"الكتاب والخطاب سواءٌ إلاّ فى فصلٍ واحد، وهو أنّه لو كان حاضراً، فخاطبها بالنّكاح، فلم تُجِبْ فى مجلس الخطاب، ثم أجابت فى مجلس آخر، فإنَ النّكاح لا يصحّ، وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب، ولم تُزوّج نفسَها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه، ثم زوّجت نفسَها فى مجلس آخر بين يدي الشّهود، وقد سمعوا كلامَها وما فى الكتاب، يصحّ النّكاح، لأنّ الغائبَ إنّما صار خاطباً لها بالكتاب، والكتابُ باقٍ فى المجلس الثّانى، فصار بقاءُ الكتاب فى مجلسه، وقد سمع الشّهودُ ما فيه فى المجلس الثّانى، بمنزلة ما لو تكرّر الخطابُ من الحاضر فى مجلسٍ آخر. فأمّا إذا كان حاضراً، فإنّما

www.besturdubooks.wordpress.com



صار خاطباً لها بالكلام، وما وُجد من الكلام لايبقى إلى المجلس الثّانى، وإنّما سمع الشّهود فى المجلس الثّانى أحد شطري العقد[1]"

و نقل ابن عابدين رحمه الله هذا القول، ثم أعقبه بقوله:

"وحاصله: أنّ قوله: "تزوّجتك بكذا" إذا لم يوجد قبول، يكون مجرّدُ خِطْبة منه لها، فإذا قبِلت فى مجلسٍ آخر، لايصحّ، بخلاف ما لوكتب ذلك إليها، لأنّها لما قرأت الكتاب ثانياً وفيه قوله" تزوّجتك بكذا" وقبلت عند الشّهود صحّ العقد، كما لوخاطبها به ثانياً، وظاهرُه أنّ البيع كذلك، وهو خلاف ظاهر الهداية، فتأمّل[2]."

وقد ذكر ابن عابدين هذه المسئلة فى كتاب النّكاح نقلاً عن المحيط أيضاً، وعلّله فى المحيط بأنّ الكتابَ قائمٌ فى مجلس آخر، وقراءتُه بمنزلة خطاب الحاضر، فاتّصل الإيجابُ بالقبول، ثمّ فرّع عليه ابنُ عابدين فقال: "ومقتضاه أنّ قراءةَ الكتاب فى مجلس آخر لابدّ منها، ليحصل الاتّصالُ بين الإيجاب والقبول[3]." ولكنّ الظّاهر أنّ هذ التّفريع تدقيقٌ فى غير موضعه، وقد رأيتَ أنّ شيخَ الإسلام خواهرزادة رحمه الله تعالى لم يقيّد صحّةَ القبول بقراءة الكتاب مرّةً ثانية، وإنّما علّله ببقاء الكتاب، والظّاهر أنّ قراءتَه مرّة ثانيةً لا تجب للاتّصال بين الإيجاب والقبول، لأنّ الإيجابَ فعلُ الكاتب، ولا علاقةَ له بالقراءة الّتى هيَ فعلُ المكتوب إليه. ومعنى التّعليل الّذى ذكره شيخُ الإسلام خواهرزاده أنّ الكاتب حينما أثبت إيجابَه فى كتاب، فكأنّما أراد أن يستمرّ

---

(١) البحر الرائق، لابن نجيم ٥:٢٩١

(٢) ردالمحتار ١٤:٤٦ فقره ٢٢٢٤٥

(٣) ردالمحتار ٨: ٥١ فقره ١١١٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

هذا الإيجابُ إلى أن يقبله المكتوب إليه أويرفُضه. فبقاءُ الكتاب فى حيازة المكتوب إليه بقاءٌ للايجاب بصفة مستمرّة، فلا يبطلُ هذا الإيجاب بمجرّد انقضاء مجلس وصول الكتاب. وإنَ هذا الموقف هو الأسلم، وخاصّةً بالنّظر إلى طريق تعامل النّاس فى الظَروف الحاضرة. فإنَ الكتابَ في الأزمنة القديمة إنّما كان يحمله شخصٌ يأتى به إلى المكتوب إليه، وكان المفروضُ فى غالب الأحيان أن يتلقّى منه جواباً سلبياً أو إيجابيّاً، ويوصله إلى الموجب. أمّا فى عصرنا، فالكتابُ ربّما يُرسَل عن طريق البريد، أو التّلكس أو الفاكس، وليس هناك من يحمله وينتظر الجواب فى مجلس وصوله. ولذا، فموقفُ شيخ الإسلام خواهرزاده هو الموقف العمليّ اليوم. ومادام أنّه لايصادم نصّاً من القرآن والسنّة، فلابأس بالأخذ به فى الظَروف الحاضرة، رغم أنّه مخالفٌ لظاهر ما فى الهداية وغيرها، كما نبّه عليه ابنُ عابدين رحمه الله تعالى. ولذلك اختاره بعضُ الفقهاء المعاصرين، مثل الشيخ عليّ الخفيف رحمه الله تعالى.[١]

١٦ – حالات سقوط الإيجاب

فإذا تقرّر أنّ الإيجابَ لايسقط بمجرّد انقضاء مجلس وصول الكتاب عن طريق البريد أوالتّلكس أو الفاكس، فمتى يسقط؟ والظّاهر أنّه يسقط بإحدى الحالات الأربع:

الأوّل: أن يرفُض المكتوبُ إليه قبولَ الإيجاب صراحةً، إمّا شفاهاً، وإمّا كتابةً.

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية، طبع دارالفكر العربى ص ١٧٨ هامش ٢، وص ١٧٩ كما نقل عنه فى مجلة مجمع الفقه الإسلامى. العدد السادس، الجزء الثانى ١٤١٠هـ- ص ١٠٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com



الثّاني: إن كان الموجبُ قيّد القبولَ بمدّة محدّدة، فالإيجاب يبطُل بانقضاء تلك المدّة.

الثّالث: أن يرجع الموجبُ عن إيجابه قبل قبول المكتوب إليه.

الرّابع: أن يسكُت المكتوبُ إليه مدّةً طويلةً بحيثُ يدلّ بحكم العرف على رفضه للإيجاب.

١٧– سقوط الإيجاب بالرفض

أمّا الحالة الأولى، وهى رفض المكتوب إليه للإيجاب، فلا شكّ فى سقوط الإيجاب عندئذ، لأنّ بقاء الإيجاب إنّما كان لصالحه، فرفضُه إسقاطٌ لحقّه، فيعتبر. وقد صرّح الفقهاء فى التّعاقد بين الحاضرَين أنّه إذا أوجب أحدهما، فرفض الآخر سقط الإيجاب، وإن كان المجلسُ باقياً. جاء فى الفتاوى الخانيّة:

"رجلٌ قال لغيره: "بعتُك هذا بألف درهم"، فقال: "لا أقبل، بل أعطنيه بخمسمائة"، ثم قال: "قد أخذتُه بألف درهم". قال أبو يوسف رحمه الله: إن دفعه إليه فهو رضاً، وإلاّ فلا[1]."

وهذا لأنّ المشتريَ رفض الإيجابَ الأوّل بقوله "لاأقبل"، فسقط الإيجاب. ثمّ تقدّم بإيجابٍ جديد من قِبَله بشراءه بخمسمائة، ثم عاد إلى الإيجاب الأوّل، فاعتبره الفقهاء

---

(١) الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية ١٣١:٢ وقال الطحطاوى:"إذا أوجب أحد المبايعين البيع فرد الثانى إيجابه يبطل الإيجاب، فلو حصل القبول بعدئذ فلا ينعقد البيع." حكاه على حيدر فى دررالحكام ١١٤:١ والظّاهر أنّ هذا الحكم لاخلاف فيه بين الفقهاء، وإن لم أجد ذلك صراحةً فى كتب غير الحنفيّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

إيجاباً ثالثاً، ولذلك لم يُلزموا به البيعَ إلاّ برضا الموجِب الأول، ولم يعتبروه قبولاً للإيجاب الأوّل، لكونه قد سقط بعد الرّفض، وإن كان المجلسُ قائماً. فدلّ على أنّ الإيجابَ يسقط برفض الفريق الآخر مطلقاً.

١٨ – سقوط الإيجاب الموقّت بمضّي المدّة

أمّا الحالة الثّانية، فَهِيَ أن يحدّد الموجبُ مدةً للقبول، فيُعطى الآخرَ الخيارَ للقبول موقّتاً بتلك المدّة، مثل أن يكتب إليه: "بعتُك هذا الشّيئ بشرط أن تقبله إلى يوم الجمعة." ونستطيع أن نسمّيه "إيجاباً موقّتا." ولم أجد فى عامّة كتب الفقه نصّاً صريحاً فى هذا الموضوع، ولكن وجدتُ عند الفقهاء الحنفيّة ما يدلّ على جوازه بما يقاربُ الصّراحة. فقد ذكر ابن نُجيم فى البحر الرائق:

"ولو قال: "بعت منك بألف إن شئت يوماً إلى الليل" كان تنجيزاً لاتعليقاً."[١]

وجاء فى فتاوى قاضى خان:

"رجل قال لآخر: "اذهب بهذه السّلعة وانظر إليها اليوم، فإن رضيتها فهيَ لك بألف درهم"، فذهب بها، جاز. وكذا لوقال: "إن رضيتَها اليومَ، فهيَ لك بألف درهم"، جاز، وهو بمنزلة قوله: "بعتك هذا العبد بألف درهم على أنّك بالخيار اليوم."[٢]

(١) البحر الرائق ٢٦٥:٥
(٢) الفتاوى الخانية بهامش الهندية ١٢٨:٢

www.besturdubooks.wordpress.com



وجاء في الفتاوى الهندية بعد ذكرهاتين المسئلتين: "وهذا استحسانٌ أخذبه علماؤنا الثّلاثة، كذا في الذّخيرة."[١]

وكذلك الضّوابط الفقهيّة تقتضى أن يكون توقيتُ الإيجاب صحيحاً. وذلك لأنّ التّوقيتَ إمّا أن يكون لتضييق مدّة القبول أو لتوسيعه، فإن كان للتّضييق، مثل أن يقول: "بعتك بشرط أن تقبل في دقيقتين." فحاصله أنّه يرجع عن إيجابه بعد دقيقتين إن لم يتمّ القبول من الآخر، وهو يملك الرّجوع كما سيأتى إن شاء الله تعالى. أمّا إذا كان التّوقيتُ لتوسيع مدّة القبول، مثل أن يوقّت مدّة ثلاثة أيّام، أو أسبوع مثلاً، فالظّاهر أنّ انقضاء الإيجاب عند انقضاء المجلس كان لحقّه،[٢] فيملك إسقاطَ حقّه بالتّمديد في أجله، أويقال: إنّه متى وسّع في مدّة الإيجاب بالتّوقيت، فكأنّه لا يزال يكرّر إيجابَه إلى نهاية المدّة، وهو يملك ذلك أيضاً، ولاشيئَ يمنعُه من ذلك. فتبيّن أن توقيتَ الإيجاب لامانعَ منه.

ومعنى توقيت الإيجاب إلى زمنٍ معيّن أنّه يُمكّن الطّرفَ الآخرَ من أن يبنيَ قبوله على ذلك الإيجاب بعد انقضاء المجلس إلى ذلك الزّمن المعيّن. أمّا أثرُ التّوقيت في حقّ الطّرف الموجب، فأنّه وعدٌ بإبقاء الإيجاب إلى ذلك الوقت. ويجبُ عليه ديانةً أن يفيَ بوعده إلاّ لعذر مقبول. ولكن لايمنعُه ذلك قضاءً أن يرجِع عن إيجابه قبلَ حلول الوقت المحدّد. وذلك لما سيأتى أنّ الإيجابَ يجوز الرّجوعُ عنه

---

(١) الفتاوى الهندية ٣:٥

(٢) قال البابرتي: ((إن في ابطاله (أي الإيجاب) قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشترى وفي إبقاءه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعاً)) راجع العناية مع الفتح ٥:٤٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

عند جمهور الفقهاء قبل تمام القبول. فلو امتدّ الإيجاب إلى ما بعد المجلس بالتّوقيت، فإنّه لا يسلُب حقّ الرّجوع من الموجب.[1]

١٩- رجوع الموجب عن الإيجاب

والحالة الثّالثة لسُقوط الإيجاب: أن يرجِع الموجِبُ عن إيجابه قبلَ قَبول المكتوب إليه، وهذا على قول جمهور الفقهاء. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

" إذا وُجد أحدُ الشّطرين من أحد المتبايعين، فللآخر خيارُ القبول، وله خيارُ الرّجوع قبل قبول الآخر؛ لما رُوِيَ عن أبي هريرة عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنّه قال: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما"، والخيارُ الثّابت لهما قبل التّفرق عن بيعهما هو خيارُ القبول، وخيارُ الرّجوع؛ ولأنّ أحد الشّطرين لو لزم قبل وجود الآخر، لكان صاحبُه مجبوراً على ذلك الشّطر، وهذا لا يجوز."[2]

وقال النّوويّ رحمه الله تعالى:

"إذا وُجد أحد شقّي العقد من أحدهما اشتُرط إصرارُه عليه حتّى يوجد الشّقّ الآخر، واشتُرط أيضاً بقاؤهما على أهليّة العقد، فلو رجع عنه قبل وجود الشّقّ الآخر، أو مات، أو جُنّ، أو أُغميَ عليه، بطل الإيجاب، فلو قبِل

---

(١) وهذا ما أخذت به القوانين الوضعيّة الإنكليزيّة أيضا، حيث قالوا إنّ تمديد الإيجاب إلى وقت معيّن لايمنع الموجب عن رجوعه عن الإيجاب ولو قبل حلول ذلك الوقت راجع Chitty On Contracts, para 84

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣١٩

www.besturdubooks.wordpress.com



الآخر بعده لم يصحّ."[1]

وقال البهوتي رحمه الله تعالى:

"(و) صحّ (تراخي أحدهما) أي الإيجاب والقبول عن الآخر (والبيّعان بالمجلس لم يتشاغلا بما يقطعه) أي البيع (عرفاً)؛ لأنّ حالةَ المجلس كحالة العقد؛ لأنّه يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر فيه القبض، فإن تفرّقا عن المجلس قبل إتمامه، أو تشاغلا بما يقطعه عرفاً بطل؛ لأنّهما أعرضا عنه. فأشبه ما لو صرّحا بالرّدّ."[2]

وخالفهم المالكيّة، فقالوا: إنّ الإيجابَ متى صدر عن أهله، فإنّ الموجِب ملزَمٌ به، ولايصحّ رجوعُه عنه. قال الحطّاب نقلاً عن ابن رُشد:

"لو رجع أحدُ المتبايعين عمّا أوجبه لصاحبه قبل أن يُجيبه الآخرُ لم يُفِدْه رجوعُه إذا أجابه صاحبُه بعدُ بالقبول."

ثمّ قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"وحكى القرطبيّ في تفسير قوله تعالى: "وأحلّ الله البيع" في ذلك خلافاً، وظاهرُ كلامه أنّه في المذهب روايةٌ عن مالك. ولكنّ الجاريَ على المذهب ما ذكره ابن رشد."[3]

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩: ١٦٩

(٢) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ٢: ٦

(٣) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ هذا الموقفَ يبدُو مخالفاً لظاهر قوله عليه الصّلاة والسّلام: "البيّعان كلٌّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا، إلاّ بيعَ الخيار."[١] سواء أكان المرادُ من التفرّق فيه التفرّقَ بالأبدان، على رأي الشّافعية والحنابلة، أو التفرّق بالأقوال، على رأى الحنفيّة والمالكيّة. وإنّ الحديث صريحٌ فى أنّ لكلّ واحدٍ من المتعاقدين خياراً للرّجوع أو الرّفض قبل أن يتمّ الإيجابُ والقبول. فكيف يُقال إنّ الموجبَ لاخيارَ له فى الرّجوع عن إيجابه قبل تمام العقد؟ ثمّ إنّ فى إلزاميّة الإيجاب حرجاً بيّناً للموجب، فالظّاهر أنّ قولَ الجمهور فى هذا الباب أرجحُ بالنّسبة إلى قول المالكيّة.

وقد ذكر الفقهاء أنه يجب لصحّة الرّجوع عن الإيجاب أن يسمعه الآخر. فلوقال البائع مثلاً: "رجعتُ" ولم يسمع المشترى رجوع البائع وقال: "اشتريتُ" ينعقد البيع. ولكنّ هذا إذا علم الآخرُ بالإيجاب. فلو رجع الكاتب أو المراسل عن الإيجاب الّذى كتبه أو أرسله قبل بلوغ الآخر أو قبوله، فإنّ رجوعه يصحّ، سواءٌ علم الآخر او لم يعلم، حتّى لو قبل الآخرُ بعد ذلك، لايتمّ.[٢]

٢٠ – سكوت المكتوب إليه إلى مدة طويلة

رجّحنا فيما سبق أنّ خيارَ القبول فى المكاتبة لايقتصرُ على مجلس وصول الكتاب،

---

(١) الحديث أخرجه البخارى فى البيوع (مع الفتح ٣٢٨:٤) والأئمة الخمسة

(٢) شرح المجلة للأتاسي مادة ١٨٤ عن الخلاصة والتتارخانية. وعلى هذا مشى ميثاق للأمم المتحدة للبيوع الدولية (CISG) فجاء فى المادة ١٥ منه ما يأتى:

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer. (CISG Article 15).

www.besturdubooks.wordpress.com

بل يبقى بعد انقضاء المجلس أيضاً. فلو كان موقّتاً بوقت، فإنّه ينقضى عند انقضاء ذلك الوقت (وينبغى للموجِب اليومَ أن يقيّد الإيجابَ بمدّة محددة)، وكذلك ينقضى الإيجابُ برَفض أحد المتعاقدين، ولكن إن لم يقع شيئٌ من ذلك، فهل يبقى الإيجاب ساريَ المفعول إلى مدّةٍ لانهاية لها؟ والظّاهر أنّ فى ذلك ضرراً بيّنا للموجِب. فلابدّ أن يقع القبولُ فى حدود المدّة المعروفة فيما بين التجّار لقبول الإيجاب فى مثل تلك المعاملة. فإن بقيَ الآخرُ ساكتاً بعد هذه المدّة، دونَ أن يقبل الإيجاب أويرفضَه، فإنّه يبطُل الإيجابُ بسكوته إلى مدّة طويلة، ولا يَسع له بعد ذلك أن يبنيَ قبولَه على أساس ذلك الإيجاب. ويؤيّده ما ذكره القرافيّ رحمه الله تعالى، قال:

"وأمّا القسم الثانى الّذى هو جزء السّبب، فهذا لايجوز تأخيره، كالقبول بعد الإيجاب فى البيع والهبة والإجارة، فلا يجوز تأخير هذا القسم إلى ما يدلّ على الإعراض منهما عن العقد، لئلاّ يؤديَ إلى التّشاجر والخصومات بإنشاء عقدٍ آخر مع شخصٍ آخر."[١]

وكذلك يؤيّده ما ذكره النّوويّ رحمه الله تعالى:

"قال أصحابنا: يُشترط لصحّة البيع ونحوه أن لايطولَ الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لايتخلّلهما أجنبيّ عن العقد. فإن طال أو تخلّل لم ينعقد، سواءٌ تفرّقا من المجلس أم لا.قال أصحابنا: ولايضرّ الفصل اليسير،

---

(١) الفروق للقرافى ٣: ١٧٢و ١٧٣ الفرق السادس والستون والمائة.

www.besturdubooks.wordpress.com

ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول."[١]

وإنّ هذه المدّة المتعارفة يُمكن أن تختلف من مبيعٍ إلى آخر. فمدّةُ القبول فى المبيعات الّتى يتسارع إليها الفساد، كالفواكه الطّازجة والخضراوات والبقول، أقلُّ بالنّسبة إلى المبيعات الّتى لا تفسُد بسرعة، وتكون مدّةُ القبول فى المبيعات الضّخمة، والكمّيات الكبيرة، أكثرَ من المبيعات العادّية؛ والعُمدة فى ذلك هوا لعُرف الّذى يلجأ إليه القضاء.[٢]

٢١- متى يتمّ الإيجاب والقبول؟

إنّ عقد البيع يتمّ بتمام الإيجاب والقبول. وهذا أمرٌ لايختلف فيه اثنان. وتمامُ القَبول فى العقود الشّفهيّة أمرٌمشا هَدٌ لايصعُب تصوّره، فمتى قَبِل الفريق الآخرُ إيجابَ الأوّل شِفاهاً، وهما فى مجلس الإيجاب، تمّ القبول وتمّ العقد. ويجرى ذلك فى المكالمات الهاتفيّة أيضاً.

ولكنّ تحديدَ الوقت الّذى يتمّ فيه القبولُ فى المراسلات البريدّية، وفى التّلكس والفاكس أمرٌ تتطرّق إليه احتمالاتٌ كثيرة، فهل يتمّ القبولُ بمجرّد قول المكتوب إليه "قبلت" ؟ أوبكتابة القبول على ورق؟ أو يشترط لتمامه أن يُرسلَ المكتوبُ إليه الجوابَ إلى الموجب؟ أويشترط أن يصِل ذلك الجوابُ إلى الموجِب، ويعلم

(١) المجموع شرح المهذّب ٩: ١٦٩

(٢) ثم رأيت أن القانون الوضعى الإنكليزيّ قدنحا مثل هذا المنحى فى امتداد خيارالقبول فى المكاتبة إلى "مدة معقولة" وسقوطه بعد ذلك، راجع Chitty On Contracts V.1, P.91, London 1977 وهذا يدل على كون ذلك من أعراف التجارة المعاصرة

www.besturdubooks.wordpress.com

بمافيه؟ ونظراً إلى هذه الاحتمالات المختلفة، ظهرت في القوانين المدنيّة الوضعيّة أربعُ نظريّات معروفة:

٢٢- نظريّة إعلان القبول: والمرادُ بهذه النّظريّة أنّ القبولَ يتمّ بمجرد إعلان المرسَل إليه أنّه قبِل الإيجابَ المكتوب. فلو أرسل زيدٌ إلى عمروٍ إيجاباً لبيع سيّارةٍ مثلاً عن طريق البريد، ولماّ وصل الكتاب إلى عمرو، أعلن عمروٌ شفاهاً أنّه قبل هذا الإيجاب، تمّ القبولُ وتمّ العقد في ذلك الوقت، ولولم يُرْسِل إلى زيدٍ كتاباً لإشعار القبول.

٢٣- نظريّة تصدير القبول: والمراد بها أنّ القبول لا يتمّ إلاّ إذا أرسل الطّرفُ القابلُ قبولَه إلى الموجِب بحيث لا يتمكّن بعد ذلك من استرداده. فلا يتمّ القبول والعقد حسب هذه النظريّة بمجرّد إعلان الطّرف القابل. وإنّما يتمّ إذا كتب رسالةَ القبول إلى الموجِب، ودفعها إلى مكتب البريد، بحيثُ لايُمكن له استردادُها، أو إذا أرسل رسولاً يحمِل قبولَه (شفاهاً أوكتابةً) إلى الموجب، وخرج الرّسولُ من عند الطّرف القابل بحيثُ لا يمكن له استرداده.

٢٤- نظريّة تسلّم القبول: والمراد منها أنّ القبولَ لا يتمّ بمجرد إرسال القبول إلى الموجب، ولابدفعه إلى البريد أو الرّسول، وإنّما يتمّ عندما يتسلّم الموجِبُ هذا الجواب، ولكن يتمّ بمجرّد تسلّمه للجواب، سواءٌ أعَلِم بمحتواه أم لم يعلم.

٢٥- نظريّة العلم بالقبول: والمراد منها أنّ القبولَ لا يتمّ بمجرّد أن يتسلّم

www.besturdubooks.wordpress.com

الموجب رسالةَ القبول، وإنّما يتمّ إذا قرأ الموجِب الرّسالة وعلم بمضمونها[١]

وهناك نظريّةٌ أخرى يمكن أن نعبّر عنها بأنّها نظريّةٌ مزدوجةٌ بين نظريّة التّصدير ونظريّة العلم، وهي الّتى أخذت بها القوانين الانكليزية. وحاصلُها أنّ القبول يتمّ فى حقّ القابل بالتّصدير، وفى حقّ الموجب بعلمه بالقبول[٢]. فلو أرسل زيدٌ رسالةَ الإيجاب إلى عمرو، فسلّم عمروٌ رسالةَ القبول إلى مكتب البريد، فلا يمكن له أن يرجع عن قَبوله بعد ذلك، وقد تمّ العقد فى حقّه بتصدير الرّسالة. أمّا زيد، فلم يتمّ العقد فى حقّه إلى أن يعلم ما فى الرّسالة، فيجوز له أن يرجع عن إيجابه، مادامت رسالةُ القبول لم تصل إليه، ولم يعلم به.

أمّا فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، فربّما يظهر من كلامهم أنّهم اختاروا نظريّة إعلان القبول. ويستنبط ذلك من نصوصهم الآتية:

قال الكاسانيّ رحمه الله:

"وأمّا الكتابة، فهي أن يكتب الرّجل إلى رجل: "أمّا بعد، فقد بعتُ عبدى فلاناً منك بكذا". فبلغه الكتاب، فقال فى مجلسه: "اشتريتُ". لأنّ خطاب الغائب كتابه، فكأنّه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبِل الآخرُ فى المجلس.[٣]"

(١) راجع لتفصيل هذه النظريات الأربعة: نظرية العقد، للدكتور عبدالرزاق السنهورى ص ٢٩٣ فقره ٢٩٦ إلى ٣٠٢.

(٢) راجع المادة ٤ من قانون المعاهدة الباكستانيّ، وهو مبنى على القانون الإنكليزيّ.

(٣) بدائع الصنائع ٥:١٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وجاء في الفتاوى الهنديّة:

"والكتاب كالخطاب، حتىّ اعتُبر مجلسُ بلوغ الكتاب وأداء الرّسالة[١]."

وقال تاج الشريعة: "وصورة الكتابة أن يكتب إلى رجل.... فلمّا بلغه الكتاب، وقرأه وفهم ما فيه، قبِل في المجلس، صحّ البيع[٢]."

ويظهر من هذه النّصوص أنّ الفقهاء الحنفيّة اعتبروا العقد باتّاً إذا أعلن المكتوبُ إليه قبولَه في مجلس بلوغ الكتاب، ولم يشترطوا لذلك علمَ الموجِب بالقبول.

ومثلُ ذلك يظهر من نصوص بعض الفقهاء الشّافعيّة والحنابلة. يقول الإمام النّووي رحمه الله تعالى:

"قال الغزاليّ في الفتاوى: إذا صحّحنا البيع بالمكاتبة، فكتب إليه، فقبل المكتوب إليه، ثبت خيارُ المجلس، ما دام في مجلس القبول. قال: ويتمادى خيارُ الكاتب إلى أن ينقطع خيارُ المكتوب إليه، حتىّ لو علم أنّه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسَه صحّ رجوعُه، ولم ينعقد البيع[٣]."

وقال البهوتيّ رحمه الله تعالى:

"(وإن كان) المشتري (غائباً عن المجلس فكاتبه) البائع (أو راسله: إنّي بعتك) داري بكذا (أو) إنّي (بعت فلانا) ونَسبه بما يُميّزه (داري بكذا، فلمّا

---

(١) الفتاوى الهندية ٣:٩

(٢) المرجع السابق

(٣) المجموع، شرح المذهب: ٩: ١٦٧– ١٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

بلغه) أي: المشتريَ (الخبرُ) قَبلَ البيعَ (صحّ) العقدُ." (١)

هذه النّصوص صريحةٌ فى أنّ العقد يتمّ بمجرّد قبول المكتوب إليه، ولايشترط له علم الموجِب بالقبول، غير أنّ الشافعيّة والحنابلة يقولون بخيار المجلس كما سيأتى، وعلى أساس هذا الخيار، يحقّ لكل واحدٍ من الفريقين أن يفسُخ العقد قبل انتهاء مجلس القبول، وهذا أمرٌ لايؤثّر على كون القبول تامّاً بمجرّد الإعلان، وعلى أنّه لا يشترط له علمُ الموجب به.

أمّا المالكيّة، فقد ذكرنا من مذهبهم أنّ الإيجابَ مُلزِمٌ للموجب، بشروطه، وأنّ الموجب لايملك الرّجوعَ عن إيجابه إلى أن يقبله الطّرف الآخر أويردّه. وعلى هذا الأساس، يتمّ العقد عندهم بمجرّد قبول الطّرف الآخر، سواء أعَلِم بذلك الموجِب أم لم يعلم. ولذلك يظهر من نصوصهم أنّهم أخذوا بنظريّة إعلان القبول (٢).

وبالرّغم من هذه النّصوص الفقهيّة، زعم بعض المعاصرين أنّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة يعتمدون مبدأ العلم بالقبول، دون الإعلان فقط. واستند هؤلاء بما جاء فى الفتاوى الهندية:

"ومنها (أى من شرائط صحّة البيع) سماعُ المتعاقدين كلامهما، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع. فإذا قال المشترى: "اشتريت"، ولم يسمع البائعُ كلامَ المشترى، لم ينعقد البيع. (٣)"

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع ٣: ١٣٧

(٢) راجع الدسوقى ٣:٣ والخرشى ٥:٥

(٣) الفتاوى الهندية ٣:٣

www.besturdubooks.wordpress.com



وكذلك مرّ عن شرح المجلّة أنّه يجب لصحّة الرجوع عن الإيجاب أن يسمع الآخر الرجوع.[1]

قال الدّكتور عبدالرزّاق السّنهوريّ رحمه الله تعالى على أساس ذلك:

"إنّ منطق القاعدة الّتى تقول بوجوب سماع الموجب القبولَ فى التّعاقد بين الحاضرين تقتضى القولَ بوجوب علم الموجِب بالقبول فى التّعاقد بين غائبين، والسّماعُ فى حالة حضور الموجب يقابله العلمُ حالة غيابه."[2]

والواقع أنّ وقت تمام القبول لم يصرّح به القرآن الكريم أو السنّة النّبويّة، على صاحبها السّلام، وإنّما المبدأُ الّذى ذكره القرآن الكريم هو التّراضى، حيث قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [النّساء : ٢٩] وكلّ ما ذكره الفقهاء فى الإيجاب والقبول ينطلق من هذا المبدأ. فوقتُ تمام العقد هو وقتُ حصول التّراضى بتوافق الإرادتين، قبل أن يتخلّلهما ما يُبطل الإرادةَ الأولى (وهى الإيحاب) أويرفضها، وذلك إنّما يحصُل عندما يتلفّظ الطّرف الآخر بالقبول إن كان الإيجابُ قائماً إلى ذلك الوقت، فالإيجاب إعلانُ إرادة الانشاء من قِبل الطّرف الأوّل، فإذا اقترن به إعلانُ إرادة الانشاء من قبل الطّرف الآخر، توافق الإرادتان وحصل التّراضي، وبه يتمّ العقد.

هذا ما يقتضيه منطقُ التّراضى وتوافقِ الإرادتين. ومن هنا ذكر الفقهاء أنّ العقد يتمّ بقبول الطّرف الآخر فى مجلس وصول الرّسالة. ولكنّ الذى يظهر لى – والله أعلم –

(١) شرح المجلة للأتاسي، مادة ١٨٤ عن الخلاصة والتتارخانية

(٢) مصادر الحق، للدكتور عبدالرزاق السنهورى ٢: ٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أنّ هذا حكمُ الدّيانة. فمَن تلفّظ بالقبول، أو كتب به فى رسالةٍ بنيّة إنشاء العقد، فإنّ العقدَ صار لازماً فى حقّه ديانةً منذ ذلك الوقت.

أمّا بالنسبة للموجِب، فلا يُعتبر العقدُ تامًّا فى القضاء إلاّ بتسلّم الموجِب رسالةَ القبول. وذلك لأنّ إثباتَ وقت القَبول الشّفهىّ أو كتابةِ الرّسالة عسيرٌ جدًّا، ولأنّ القابلَ يمكن أن يتأخر بعد القبول الشّفهىّ فى إشعار الموجب بقبوله، أو أن تضيع الرّسالةُ فى الطّريق بعد أن أرسلها القابل، وأنّ الموجِب الّذى ليس على علمٍ بذلك قد يعتبر إيجابَه ساقطاً، وقد يتعاقد مع شخصٍ آخر ظناً منه بأنّ إيجابَه لم يقبله المرسل إليه. ولابدّ لإزالة هذه الصّعوبات من أن يُناط حكمُ اللّزوم فى حق الموجِب بعلم الموجب للقبول، ولأنّ الموجِبَ لايرضى بلزوم العقد فى حقّه بإعلان القبول الّذى لم يطّلع عليه، فيفوتُ التّراضى. وعليه يُحمل قول الفقهاء الّذين اشترطوا لصحّة العقد أن يسمع الموجبُ القبول. وبهذا يمكن التّطبيق بين نصوص الفقهاء الحنفيّة. فحيث ذكروا لزومَ العقد فى الكتابة بإعلان القبول، فالمراد منه اللّزومُ فى حقّ القابل، وحيثُ اشترطوا سماعَ الموجب كلامَ القابل فى العقد بين حاضرين، فالمراد منه أنّ العقد لايلزم فى حقّ الموجِب إلاّ بسماعه.

ثمّ إنّ عِلْمَ الموجِب شيئ مخفّى، فيستدلّ عليه فى القضاء بالأسباب الّتى تؤدّى فى العادة إلى علمه، ولذلك قال الفقهاء:

"فإن سمع أهلُ المجلس كلامَ المشترى، والبائع يقول: "لم أسمع، ولا وقر فى أذنى"، لم يصدّق قضاءً.[1]"

---

(١) الفتاوى الهنديه ٣:٣عن البحر الرائق

www.besturdubooks.wordpress.com



وهذا ظاهرٌ فى أنّ سماعَ الموجب القبولَ أمرٌ يُستدلّ عليه بسببه، وذلك أن يتكلّم الموجب بصوتٍ عاديّ يسمعه أهلُ المجلس. فكذلك فى المكاتبة، يُستدلّ على علم الموجب بتسلّمه للرّسالة بحيث يمكّنه فى العادة من قراءتها والاطلاع على ما فيها.

وحاصل هذه الدّراسة أنّ العقد يلزم فى حقّ القابل بإعلان القبول، وفى حقّ الموجب بتسلّمه. هذا ما أدّى إليه نظرى بعد مراجعة كلام الفقهاء، ولكنّ المسئلة اجتهاديةٌ مبنيّة على تفسير "التّراضى" الّذى اشترطه القرآن الكريم لصحّة العقد، والنّظريّات الأربعة الّتى ذكرناها كلّها محتملة، وإنّ الأخذ بأىٍّ منها حسب الأعراف السّائدة لا يؤدّى إلى مصادمة نصّ من نصوص القرآن والسنّة، والله سبحانه أعلم.

٢٦- خيار المجلس

ذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى أنّ العقد يلزم الطّرفين بمجرّد تمام الإيجاب والقبول، ولا يكون لأحدهما الخيارُ فى فسخه إلاّ بخيار الشّرط، أو خيار الرّؤية، أو خيار العيب أوخيارالنّقد وغيره. أمّا الشّافعيّة والحنابلة، فإنّ العقد عندهم لايلزم الطّرفين ما داما فى مجلس العقد. وإنّما يلزم بأحد الطّريقين، إماّ أن ينقطع مجلس العقد، وإمّا أن يقول أحدهما لصاحبه "اختر"، ويقول الآخر "اخترتُ". وما لم يتحقّق أحد هذين الأمرين، فإنّ كلّ واحدٍ منهما له الخيارُ فى فسخ العقد بدون رضا الآخر. وهذا الخيار يسمّى عندهم "خيار المجلس"[(١)]

ومستدلّهم فى ذلك الحديثُ المعروف: "البيّعان بالخيار ما لم يفترقا." وهو مرويّ عن عدّةٍ من الصّحابة رضى الله تعالى عنهم، وهذا لفظ حديث حكيم بن حزام

---

(١) راجع لتفاصيله المغنى لابن قدامة ٦:٤

www.besturdubooks.wordpress.com

أخرجه البخاري.[١] وحملوا الافتراق على الافتراق بالأبدان. وأمّا الحنفيّة والمالكيّة، فمنهم من حمله على افتراق الأقوال بالإيجاب والقبول، ومنهم من حمله على الافتراق بالأبدان، ولكن فسّر الخيارَ بخيار القبول، دون خيار المجلس، كما هو مرويٌّ عن الإمام أبى يوسف، والقاضى عيسى بن أبان رحمهما الله تعالى.

وقد طال كلامُ الفريقين فى الاستدلال على ثبوت الخيار وعدمه، ولسنا الآن بصدد ترجيح أحد المذهبين على الآخر[٢]، ولكنّ الّذى يظهر أنّ خيارَالمجلس يمكن تصوّرُه فى البيع بين حاضرَين فى مجلس واحد. أماّ فى التجارة فيما بين البلدان والأقاليم، الّتى ربّما تقع بواسطة الأجهزة الكهربائيّة أو اللاّسلكيّة، فإنّ إثباتَ خيار المجلس فيها يؤدّى إلى مشاكل كثيرة، ويعرّض العقدَ للنزاعات الّتى عُهد من الشّريعة البُعدُ عنها. فالأحسنُ والأسلم اليوم أن تُعقد البيوع خاليةً عن خيار المجلس، وإنّ ذلك ممكن، حتّى فى نطاق ظاهرالحديث الّذى يُستدلّ به على ثبوت خيار المجلس، وفى نطاق مذهب الشافعيّة والحنابلة أيضاً، لأنّه قد ورد فى صحيح البخاريّ عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إذا تبايع الرّجلان فكلّ واحد منهما بالخيار ما لم يتفرّقا وكانا جميعاً، أو يُخيِّر أحدُهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع[٣]."

---

(١) صحيح البخاريّ، كتاب البيوع، حديث ٢١٠٧

(٢) وقد بسطت الكلام على هذا الموضوع فى تكملة فتح الملهم ١:٣٦٨، وراجع أيضا الذخيرة للقرافى ٢٠- ٥:٢٣

(٣) صحيح البخارى، كتاب البيوع، باب إذا خيّر أحدهما صاحبه، حديث ٢١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com



وهو مفسِّر للحديث الّذى ورد فيه: "المتبايعان كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرّقا، إلاّ بيعَ الخيار"(١). وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى فى شرحه:

"وقد اختلف العلماء فى المراد بقوله فى حديث مالك: "إلاّ بيعَ الخيار"، فقال الجمهور، وبه جزم الشافعىّ: هواستثناءٌ من امتداد الخيار إلى التّفرق، والمراد أنّهما إن اختارا إمضاءَ البيع قبل التّفرق، لزم البيع حينئذٍ، وبطل اعتبار التفرّق، فالتقدير: إلاّ البيع الّذى جرى فيه التّخاير. قال النّووىّ رحمه الله تعالى: اتّفق أصحابنا على ترجيح هذا التّأويل. وأبطل كثيرٌ منهم ما سواه وغلّطوا قائله(٢)". "وقد ذهب الشافعيّة والحنابلة على أساس هذا الحديث إلى أنّ العاقدين لهما أن يعقدا البيعَ بشرط أن لا يكون لهما خيار المجلس، فيلزم العقدُ بمجرّد الإيجاب والقبول، ويسقط الخيار. قال ابن قدامة فى المغنى، وهو يشرح كلمة "إلاّ بيعَ الخيار" فى الحديث المذكور:

"ويحتمل أنّه أراد البيعَ الّذى شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار، فيلزم بمجرّد العقد من غير تفرّق"(٣)

وقال بعد أسطر:

"والتّخائر فى ابتداء العقد وبعده فى المجلس واحد، فالتّخاير فى ابتداءه أن يقول:

---

(١) صحيح البخارى، باب البيّعان بالخيار، حديث ٣٢٨

(٢) فتح البارى ٤:٣٣٣

(٣) المغنى ٤: ٩

www.besturdubooks.wordpress.com

بعتك ولا خيارَ بيننا، ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار."

وتبيّن بهذا أنّ العاقدين يملكان إسقاطَ خيار المجلس باشتراط نفي الخيار فى صُلب العقد. وما يملك العاقدان اشتراطَه فى العقد قد يتعيّن بالعُرف، لأنّ المعروفَ كالمشروط. وعلى هذا الأساس لو صدر هناك تقنينٌ من قِبل الحكومة لإسقاط خيار المجلس أو نفيه، فإنّه لا يقِلّ من أن يأخذ حكم العرف، فينبغى أن يسقُط به خيارُ المجلس على قول الشافعيّة والحنابلة أيضاً، ولا سيّما على كون حكم الحاكم رافعاً للخلاف. والتّقنينُ على هذا الأساس أوفقُ بظروف التّجارة المعاصرة، والله سبحانه أعلم. ولذلك نرى أنّ معظم المعايير والمشروعات لقانون البيع الّتى أعدّت من قبل العلماء المعاصرين، لم يأخذوا بخيار المجلس، بل حكموا بانتقال الملكيّة إلى المشترى بمجرّد الإيجاب والقبول.(١)

٢٧ - البيع بالتّعاطى

بما أنّ الإيجاب والقبول صيغتان للتّعبير عن تراضى الفريقين، و قد يُعبَّر عن التّراضى بالفعل، كما يُعبَّر بالقول، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز البيع بالتّعاطى، وهو أن يُعطِيَ البائعُ المبيعَ، ويدفعَ المشترى الثّمن، بدون أن يتلفّظا بالإيجاب أو القبول. وهذا البيعُ يسمّى "البيع بالتّعاطى"، أو "البيع بالمعاطاة"، أو "بيع المراوضة". فإذا لم يقع التّلفّظ بإنشاء البيع من الجانبين، لا من البائع ولا من المشترى، فهو "التّعاطى" فى اصطلاح جميع الفقهاء. أمّا إذا تلفّظ أحدُهما بالإيجاب، وعبّر الآخرُ عن رضاه بفعل

---

(١) راجع مثلاً المذكّرات الإيضاحيّة للقانون الأردنيّ مادة ٤٨٥ ص ٥٠٠ والمعايير الشّرعيّة المتعلقة بالمرابحة وتجارة السّلع، حيث لا يوجد فيها ذكر خيار المجلس.

www.besturdubooks.wordpress.com



الإعطاء و القبض، فقد سمّاه بعض الفقهاء "تعاطياً"[1] وقال آخرون: ليس ذلك من التّعاطى، وإنما هو إيجابٌ باللّفظ وقبولٌ بالفعل[2]، والبيعُ صحيحٌ عند الجمهور بكلا الطّريقين.

ولكنّ المشهور من مذهب الإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى أنّه يشترط الإيجاب والقبول باللّفظ، فلا يصحّ البيعُ عنده بالتّعاطى. قال جلال الدّين المحلّيّ رحمه الله تعالى:

"فلابيعَ بالمعاطاة، ويردّ كلّ ما أخذه بها أو بدلَه إن تلف." [3]

وقد أجازه بعض الشّافعيّة فى الأشياء المحقّرة، كرطل خبز، وحُزمة بَقْل، ومنعوه فى الأشياء النّفيسة[4]. وهو قول الكرخيّ من الحنفية[5].

والجمهور من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة متّفقون على جواز البيع بالتّعاطى فى سائر الأشياء، النّفيسة منها والخسيسة[6]، وهو الّذى رجّحه النّوويّ من الشّافعيّة[7] وقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "وذكر القدوريّ أنّ التّعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة، ولا يجوز فى الأشياء النّفيسة. وروايةُ الجواز فى الأصل مطلقٌ من هذا التّفصيل، وهى الصّحيحة، لأنّ البيع فى اللّغة والشّرع اسمٌ للمبادلة، وهى مبادلةُ شيئ مرغوب

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤:٤

(٢) ردالمحتار ١٤: ٤٨ فقره ٢٢٢٤٩

(٣) شرح المحلّى على منهاج الطلبين مع حاشيتى قليوبى وعميرة ٢:١٥٣

(٤) المرجع السابق

(٥) فتح القدير ٥:٤٥٩

(٦) الهداية مع فتح القدير ٥:٤٥٩ والد سوقى على الشرح الكبير ٣:٣ والمغنى لابن قدامة ٤:٤

(٧) روضة الطالبين ٣: ٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

بشيئ مرغوب، وحقيقةُ المبادلة بالتّعاطى، وهو الأخذ والإعطاء، وإنّما قولُ البيع والشراء دليلٌ عليهما. والدّليل عليه قوله عزّ وجلّ: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [النساء : ٢٩] والتّجارة عبارةٌ عن جعل الشيئ للغير ببدل، وهو تفسير التّعاطى. وقال سبحانه وتعالى: أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ [البقرة : ١٦] أطلق سبحانه وتعالى اسمَ التّجارة على تبادُلٍ ليس فيه قول البيع. وقال الله عزّ وجلّ: إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ [التّوبة : ١١١] سمّى سبحانه وتعالى مبادلةَ الجنّة بالقتال فى سبيل الله تعالى اشتراءً وبيعاً، لقوله تعالى فى آخر الآية: فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ [التّوبة : ١١١] وإن لم يوجد لفظ البيع. وإذا ثبت أنّ حقيقة المبادلة بالتّعاطى، وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد فى الأشياء الخسيسة والنّفيسة جميعاً، فكان التّعاطى فى كلّ ذلك بيعاً، فكان جائزاً.[1]"

وقال ابن الهمام رحمه الله: "وعامّتهم على أنّه ينعقد فى جميع الأشياء، الخسيسةُ والنفيسةُ فى ذلك سواء، لأنّه وُجد التراضى، وهو المعتبر فى الباب، إلاّ أنّه لماّ كان باطناً، أقيم الإيجاب والقبول مقامَه لدلالتهما على التّراضى، والتّعاطى أدلُّ على الرّضا منهما[2]"

وقال ابنُ قدامة رحمه الله: "ولنا أنّ الله أحلّ البيع ولم يبيّن كيفيته، فوجب الرّجوعُ فيه على العُرف، كما رجع إليه فى القبض والإحراز والتّصرف، والمسلمون فى

(١) بدائع الصنائع ٥:١٣٤

(٢) فتح القدير ٥:٤٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com



أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأنّ البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عنهم، وإنّما علّق الشّرع عليه أحكاماً وأبقاه على ماكان، فلا يجوز تغييره بالرّأى والتّحكّم، ولم يُنقل عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم ولا عن أصحابه، مع كثرة وقوع البيع بينهم، استعمالُ الإيجاب والقبول. ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم، لنُقل نقلاً شائعاً. ولوكان ذلك شرطاً لوجب نقلُه، ولم يُتصوّر منهم إهمالُه والغفلةُ عن نقله. ولأنّ البيع ممّا تعمّ به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبيّنه صلى الله عليه وسلّم بيانًا عامًا، ولم يُخْفِ حُكمه، لأنّه يُفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً، وأكلِهم المالَ بالباطل، ولم يُنقل ذلك عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحدٍ من أصحابه فيما علمناه. ولأنّ النّاس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كلّ عصر، ولم يُنقل إنكارُه قبل مخالفينا، فكان ذلك إجماعاً."[1]

٢٨ـ الإعطاء من جانب واحد

اشترط بعض الفقهاء لصحّة التّعاطى أن يقع الأخذ والعطاءُ من الجانبين، ولا يكفى الإعطاء من جانبٍ واحد فقط، وهو قول الطّرسوسىّ والحلوانىّ من الحنفيّة. ولكن أفتى المحقّقون من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة أنّ ذلك ليس بشرط، بل يمكن أن ينعقد البيع بالإعطاء من جانب واحد. قال الدّردير رحمه الله تعالى: "وإن كان الدّالّ على الرّضا إعطاءً، ولو من أحد الجانبين."[2] وقال البهوتيّ رحمه الله تعالى: " ومنها، أى المعاطاة لو سلّمه سلعةً بثمن، فيقول البائع: "خُذْها"، فأخذه المشترى وهو

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٤ و ٥

(٢) الشرح الكبير للدّردير مع حاشية الدّسوقيّ ٣:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

ساكت، أو يقول البائع: "هى لك"، أو يقول: "أعطيتكها"، فيأخذها."[1]

وقال ابن عابدين: "صورته (يعنى التّعاطى من جانب واحد) أن يتّفقا على الثّمن، ثم يأخذ المشترى المتاع، ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثّمن، أو يدفع المشترى الثّمنَ للبائع، ثم يذهب من غير تسليم المبيع، فإنّ البيع لازمٌ على الصّحيح، حتّى لو امتنع أحدهما بعده، أجبره القاضى[2]"

وقال ابن نُجيم: "وفى القاموس: التّعاطى: التّناول، وهكذا فى الصّحاح والمصباح، وهو إنّما يقتضى الإعطاء من جانب، والأخذ من جانب، لا الإعطاء من الجانبين، كما فهم الطّرسوسى" وقال قبل ذلك: "وصحّح فى فتح القدير أنّ إعطاء أحدهما كاف. ونصّ محمّد على أنّ بيعَ التّعاطى يثبت بـقبض أحد البدلين، وهذا ينتظم المبيع والثمن." ثم نقل عن القنية:

" دفع إلى بائعِ حنطةٍ خمسةَ دنانير ليأخذ منه حنطة، وقال له: بكم تبيعها؟ فقال" مائةً بدينار،" فسكت المشترى، ثمّ طلب منه الحنطةَ ليأخذها، فقال البائع: غداً أدفع إليك. ولم يجرِ بينهما بيع[3]، وذهب المشترى فجاء غداً ليأخذ الحنطةَ وقد تغيَّر السعر، فليس للبائع أن يمنعها منه، بل عليه أن

(١) كشاف القناع للبهوتي ٣: ١٣٨

(٢) ردالمحتار ١٤: ٤٩ فقره ٢٢٢٥٢

(٣) أى لم يجر بينهما صيغة الإيجاب والقبول، وإلاّ فالمسئلة مفروضة على أن البيع قد انعقد بأخذ البائع الثمن.

www.besturdubooks.wordpress.com



يدفعها بالسّعر الأول[1]"

وظاهرٌ أنّ الإعطاء من جانبٍ واحد إنّما يقع بيعاً إذا دلّ السّياق والقرائن أنّ الفريقين أرادا بذلك إنشاءَ العقد. أمّا إذا وقع الأخذ والإعطاء ليبقى الشّيءُ عند المشترى على سَوْم الشّراء، فلا ينعقد البيع بذلك.

٢٩-التّعاطى بعد عقد فاسد

ثمّ إنّ التّعاطيَ ينعقد به البيع إذا لم يستند ذلك إلى عقد فاسد. فلو عقدا البيع فاسداً، ثمّ تعاطيا على ذلك الأساس، لا ينعقد به البيعُ صحيحاً، وإنما يجب أن تقع بينهما متاركةُ العقد الفاسد، ثمّ يُمكن عقدُه من جديد، إمّا بتلفُظ الإيجاب والقبول، وإمّا بالتّعاطى. قال ابن نجيم:

"وقدّمنا فى الإيجاب والقبول أنّهما بعد عقدٍ فاسدٍ لا ينعقد بهما البيعُ قبل متاركة الفاسد، ففى بيع التّعاطى بالأولى، وهو صريحُ الخلاصة والبزّازيّة أنّ التّعاطيَ بعد عقد فاسدٍ أو باطلٍ لاينعقد به البيع، لأنّه بناءٌ على السّابق.[2] "

وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّ فى المسئلة روايتين للحنفيّة، فينعقد العقدُ على

---

(١) البحر الرائق ٢٨١: ٥ ويُمكن أن تُخرّج هذه المسئلة بطريقين: الأوّل: أنّ البيع انعقد بالعطاء من جانب واحد وهودفع خمسة دراهم، ورضا المشترى بالثمن الذى ذكره البائع، فانعقد البيع حالاً، ولكن استمهل البائع من المشترى أن يأخذ المبيع غداً، فوجب عليه أن يدفع الحنطة غداً بالثمن الّذى انعقد عليه البيع. والطّريق الثّانى: أنّ البيع لم ينعقد فى اليوم الأوّل، وإنّما وعده البائع أنّه سيبيع الحنطة غداً بالسّعر المذكور. ووجب عليه ديانةً أن يفى بوعده، وعلى هذا، فوجوب دفع الحنطة بذلك السّعر حكم الدّيانة، وليس حكم القضاء، والله سبحانه أعلم.

(٢) البحر الرائق ٥: ٢٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

إحداهما بدون المتاركة، ولا ينعقد على الأخرى إلاّ بالمتاركة[1]. والّذى يظهر لهذا العبد الضعيف – عفا الله عنه – أنّه يمكن التّطبيق بين الرّوايتين بأنّه متى وقع التّعاطى مستنداً إلى العقد الفاسد، لم ينعقد به البيع. أمّا إذا دلّت القرائن على أنّ التّعاطيَ لم يقَعْ على أساس العقد الفاسد، وإنّما وقع لإنشاء عقد جديد، فإنّه يصحّ به البيع. فكأنّ متاركة العقد الفاسد وقعت اقتضاء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٠- بيع الاستجرار

وممّا يلحق بالتّعاطى بيعُ الاستجرار، وهو فى اصطلاح الفقهاء المتأخّرين: أن يأخذ الرّجلُ من البيّاع الحاجاتِ المتعدّدةَ شيئاً فشيئاً، دون أن يجريَ بينهما مساومةٌ، أو إيجابٌ وقبولٌ فى كلِ مرّة. والمعروف فى مثل هذا البيع أنّ المشتريَ يُحاسبه بعد فترة، كالشّهر مثلاً، وهذا البيعُ ممّا تعارفه النّاس فى حاجاتهم اليوميّة، وهو غيرُ جائزٍ عند أكثر الشّافعيّة القائلين بعدم مشروعيّة التّعاطى. وقدّمنا أنّ النّوويّ رحمه الله تعالى ممّن رجّح جواز التّعاطى، ولكنّه شدّد فى بيع الاستجرار لأسباب أخرى، فقال:

" ولا تغترَّ بكثرة مَن يفعله، فإنّ كثيراً من النّاس يأخذ الحوائج من البيّاع مرّةً بعد مرّةٍ من غيرمبايعة ولا معاطاةٍ، ثم بعد مدّة يُحاسبه ويُعطيه العوض، وهذا باطل بلاخلاف[2]"

ولكنّ جماعةً من الشّافعيّة ذهبوا إلى جواز هذا البيع، ومنهم الإمام الغزالىّ

---

(١) ردالمحتار ١٤: ٥١ فقره ٢٢٢٥٥

(٢) المجموع شرح المذهب للنووى ١٧٣:٩

www.besturdubooks.wordpress.com



رحمه الله تعالى[1].

وقد أجازه الإمام مالك رحمه الله بشرط أن يكون السّعر معلوماً. فإن لم يكن السّعر معلوماً عند الأخذ، فلا يجوز عنده، كما صرّح به فى الموطأ[2].

وأمّا الحنابلة، فالظّاهر عندهم جوازُ الاستجرار على أساس سِعرالسّوق[3]، وأمّا الحنفيّة، فقد أجاز المتأخّرن منهم هذا البيع استحسانا[4]. واختلفت تعبيراتهم فى تكييف وجه الاستحسان، وقد بسطتُ الكلام عليه فى بحثى الخاصّ بموضوع "البيع بالتّعاطى والاستجرار"[5] وخلاصةُ ما توصّلتُ إليه أنّ الاستجرار على نوعين:

الأوّل: الاستجرار بثمنٍ مؤخّر، وهو أن لايدفعَ المشترى الثّمن إلى البائع إلاّ عند تصفية الحساب فى آخر الشّهر مثلاً.

والثّانى: الاستجرار بمَبلغٍ مقدّم، وهو أن يدفعَ المشترى إلى البائع مبلغاً مقدّماً، ثمّ يستجِرّ منه الأشياء، وتقع المحاسبةُ بعد أخذ مجموعةٍ من الأشياء فى نهاية الشّهر مثلاً.

أمّا الاستجرار بثمن مؤخّر، فحكمه ما يأتى:

إن كان البائع يبيّن ثمنَ البضاعة المأخوذةِ كلّما يأخذ منه المشترى شيئاً، فالبيع صحيحٌ عند كل أخذ. وهذا بإجماع من يقول بجواز التعاطى. وقدّمنا أنّ البيع بالتّعاطى لايُشترط له الإعطاء من الجانبين، بل يجوز بالإعطاء من جانب

---

(١) نهاية المحتاج، للرملى ٣:٣٦٤

(٢) الموطأ، للإمام مالك، جامع بيع الطعام، وراجع المنتقى للباجى ٥:١٥

(٣) موسوعة الفقه الإسلامى (المصريّة) ٥:٣٠٥ عزوا إلى النكت والفوائد السنية لابن مفلح

(٤) الدر المختار مع رد المحتار ١٤: ٥٥ إلى ٥٧ فقره ٢٢٢٦١ والبحر الرائق ٥:٢٥٩ شرح تعريف البيع

(٥) بحوث فى قضايا فقهية معاصرة، للمؤلف، ١: ٤٩ و ما بعده

www.besturdubooks.wordpress.com

واحد أيضاً.

١. إن كان البائعُ لايبيّن ثمنَ البضاعة عند كل أخذ، ولكن تفاهَم المتبايعان على أنّ المشتريَ يأخذه على سعرالسوق، وسعرُ السّوق منضبطٌ بمعيارٍ معلوم لايقع الاختلاف فى تحديده، فالصّحيح أنّ البيع ينعقد صحيحاً عند كل أخذ.

٢. إن كان الثّمنُ مجهولاً وقتَ الأخذ، أو اتّفق الفريقان على أنّه يقع على أساس سعرالسّوق، ولكنّ سعرالسوق متفاوتٌ تفاوتاً فاحشاً، بحيثُ يقع الاختلاف فى تحديده، فإنّ البيع لا ينعقد عند الأخذ، وإنّما يقع عند تصفية الحساب، ولكنّه يستند حينئذٍ إلى وقت الأخذ، فيثبت الملك للآخذ من وقت الأخذ، وتحِلّ تصرفاته من ذلك الحين.[١]

أمّا الاستجرار بمبلغ مقدّم، فالكلام فى تعيين الثّمن فيه مثلُ الكلام فى النّوع الأول.ثمّ هذا المبلغُ المدفوع مقدّماً يُمكن أن يكون وديعةً بيد البائع، فيجب عليه أن لا يخلِطه بماله، ولا أن يُنفقه فى مصاريفه، إلاّ بقدر ما وجب له من الثّمن عند كلّ تسليم. فإن خَلَطه بماله[٢]، فهو قرضٌ مضمونٌ عليه شرعاً، وتقع مقاصّتُه بالثّمن الواجب فى ذمّة

---

(١) اختلفت تكييفات الفقهاء للاستجرار فى هذه الحالة. فمنهم من جوّزه على أساس ضمان المتلفات، لاعلى أساس انعقاد البيع. ومنهم من جعله بيعاً منعقداً عند تصفية الحساب. ورجّحت هذا التكييف الثانى وبيّنت أدلّته فى بحثى الخاص بموضوع الاستجرار. راجع "بحوث فى قضايا فقهيّة معاصرة" ١: ٦٣ و٦٤ طبع مكتبة دار العلوم كراتشى.

(٢) يعنى بدون إذن من المالك، وحينئذ لا يطيب له ربحه عند أبى حنيفة ومحمد ويطيب عند أبى يوسف بعد المقاصة الآتى ذكرها (الهداية مع فتح القدير والعناية ٦: ٣١٩ إلى ٣٢١) أمّا إذا خلطه

www.besturdubooks.wordpress.com

المشترى عند كل أخذ.

ويتفرّع عليه حكم الاشتراك فى الصّحف والمجلاّت الدوريّة. فإنّ العادةَ فى عصرنا أنّ النّاس يدفعون بدل الاشتراك السّنويّ فى بداية كلّ سنةٍ إلى ناشر المجلّة، وإنّهم يبعثون إليهم نشرةً من المجلّة فى كلّ شهر، أو فى كل اسبوع. وهذا استجرارٌ بثمن مقدّم، ويقع بيعُ كلّ عددٍ من المجلّة عندما تصِل المجلّة إلى المشترى. فلو انقطعت المجلّةُ فى أثناء السّنة، لزم على ناشرها أن يرُدّ ما بقيَ من بدل الاشتراك.

وجرت العادةُ بأنّ الثّمن المدفوعَ مقدّماً قد يكون أقلّ من قيمته السّوقيّة. وفى هذه الحالة، لو أمكن جعلُه سَلماً بشروطه صار سلماً، وإن لم يتوافر فيه شُروط السّلم، فربّما يَرِد عليه أنّ ثمنَ المبيع إنّما انتقص من أجل تعجيله، كما فى اشتراك المجلاّت الدّوريّة، حيثُ يكونُ مبلغُ الاشتراك السّنويّ أقلّ عادةً من قيمتها السّوقيّة لكلّ عددٍ. ويُمكن تخريجُ النّقص فى الثّمن على أساس أنّ ثمن الجُملة يكون أقلّ عُرفاً من ثمن القطاعيّ. فكذلك فى الاستجرار، إنّما يُقدّم المشترى المبلغ لأنّه يُريد شراءَ مجموعةٍ من الأشياء، فصار كأنّه اشترى جُملةً، فانتقص الثّمنُ من أجل ذلك، لا لأنّه قدّم قرضاً، على أنّ هذا المبلغَ دُفعةُ تحت الحساب، وإنّه ،ولو كان قرضاً فى الاصطلاح الفقهيّ، فإنّ المقصود فى الاستجرار ليس إقراضاً، وإنّما مقصودُ المشترى تفريغُ ذمّته، لئلاّ يحتاج إلى نقد الثّمن كلّ مرّة.

بإذن صريح من المشترى، صار المشترى شريكاً له شركة ملك، كما فى ردّالمحتار، كتاب الإيداع ٥: ٦٦٩. ثمّ تقع المقاصّة عند تصفية الحساب.

www.besturdubooks.wordpress.com

٣١- البيع عن طريق الأجهزة التّلقائية

وقد شاع فى عصرنا البيعُ والشّراء عن طريق الأجهزة التّلقائية الّتى تسمّى الأجهزة الأوتوماتيكيّة. وإنّ هذه الأجهزة تُنصَب من قِبل البائع فى أماكن عامّة، ويوضع فيها المبيعاتُ مقفولة، وتُنصب قائمةُ الأسعار على الجهاز. فمن أراد أن يشتريَ شيئاً من هذه المبيعات ألقى نقوداً فى مكان مخصوص، فيُخرج الجهازُ الشّيئَ المطلوب بصفةٍ تلقائيّة، ويأخذه المشترى، دون أن يكون هناك شخصٌ حاضرٌ يتولّى أخذ الثمن أو تسليم المبيع.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء المعاصرين[١] فى تكييف هذا العقد بعد اتّفاقهم على جوازه. فذهب بعضُ المعاصرين إلى أنّ العقدَ ينعقد فيها بطريقة إقامة الجهاز مقامَ الطّرف الموجِب، دون أن يحضُر بنفسه، أو أن يظهر نائبُه عند التّعاقد. فنَصْبُ الجِهاز وإعلانُ الأسعار إيجابٌ موجّهٌ إلى الجمهور على رأى المالكيّة، والجهاز قائمٌ مقامَ البائع.

ولسنا نأخذ بهذا الرأى، والتّكييفُ الصحيح لهذا العقد عندنا أنّه صورةٌ من صُور التّعاطى. والجِهازُ إنّما يقوم مقامَ البائع فى أخذ الثّمن وتسليم المبيع. فإلقاءُ النّقود فى الجهاز إعطاءٌ من جانب، وإخراجُ الجهازِ المبيعَ إعطاءٌ من جانب آخر، فينعقد البيعُ بالتّعاطى. أمّا تعليقُ الأسعار على الجهاز، فليس إيجاباً، وإنّما هو دعوةٌ إلى الإيجاب،

---

(١) راجع مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد السادس، الجزء الثانى، ص ٩٨١ بحث الدكتور إبراهيم كافى دونمز

www.besturdubooks.wordpress.com

كما بسطنا ذلك فى مبحث ركن البيع. ولو اعتبرنا نَصْب الجهاز ووضعَ قائمة الأسعار إيجاباً، لكان إلقاءُ الفُلوس قبولاً، وبه يتمّ البيع، مع أنَّ الجهاز ربّما لايكون شغّالاً، أو ربّما تكون المبيعاتُ قد نفِدت، واعتبارُ البيع تامّاً فى هذه الحالة يسبّب مشاكل كثيرة. ولذلك نرى الفقهاءَ جعلوا الحالات المماثلة من قبيل التّعاطى، دون الإيجاب الحُكمّى والقبول. قال البهوتى رحمه الله، وهو يبيّن صُور التّعاطى:

"أو وضع مشترٍ ثمنَه المعلومَ لمثله عادةً، وأخذه، أى الموضوعَ ثمنُه عقِبَه، أى عقِب وضع ثمنِه من غير لفظٍ لواحدٍ منهما. ظاهرُه: ولو لم يكن المالكُ حاضراً للعُرف[1]"

٣٢- حكم الوعد أو المواعدة فى البيع

سبق منّا أنّ البيع إنما ينعقد بصيغةٍ تدلّ على إنشاء العقد فى الحال. ولذلك لا ينعقد البيع بصيغةٍ تتمحّض للاستقبال، مثل قولنا "سوف أبيعك كذا" أو "سوف أشترى منك كذا" وإنّما تُنبئ هذه الصّيغةُ عن الوعد بإنجاز البيع فى المستقبل، وليس بيعاً.

فمَن وعَد آخر بإنشاء بيعٍ فى المستقبل: هل يجب عليه الوفاء بهذا الوعد؟ إنّ هذا السؤال يأخذنا إلى دراسةِ مسئلة الوعد والمواعدة، ومدى لزومهما على الطّرفين، وقد اختلف الفقهاء فى حكم الوفاء بالوعد على أقوال:

المشهور ممّا نُقل عن جمهور الفقهاء أنّ الوفاء بالوعد مستحبٌّ مندوب. وهو من

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ٢:١٤١ قبيل شروط البيع

www.besturdubooks.wordpress.com

مكارم الأخلاق، ولكنّه ليس بواجب ديانةً ولاقضاءً. والواعدُ إذا ترك الوفاء، فقد فاتَه الفضل وارتكب المكروه كراهةً تنزيهيّةً شديدة، ولكنّه لا يأثم. وهذا القولُ منسوب إلى أبى حنيفة والشّافعى وأحمد وبعض المالكيّة[(١)].

المذهب الثانى: أنّ الوفاء بالوعد واجبٌ مطلقاً. وهو واجبٌ فى الدّيانة والقضاء جميعاً، فيقضى به القاضى على الواعد إلاّ من عُذرٍ يمنع الوفاء. وهو قول سمُرة بن جندب رضى الله عنه، وعمر بن عبد العزيز، والحسن البصريّ، والقاضى سعيد بن الأشوع، وإسحق بن راهويه، والإمام البخاريّ[(٢)]، وهو مذهب بعض المالكيّة، ورجّحه القاضى أبو بكر ابن العربيّ وابن الشّاط[(٣)]. وهو الّذى اختاره الغزاليّ من الشافعيّة إذا كان الوعد يُفهم منه الجزم[(٤)]. وهو مذهب ابن شبرمة كما نقله ابن حزم[(٥)].

المذهب الثالث: مذهب جمهور المالكيّة، وهو التّفصيل فى وجوب الوفاء بالوعد. وافترق علماؤهم فى بيان هذا التفصيل إلى فريقين:

الفريق الأول: ذهب إلى أنّ الوعد إذا تمّ على سبب، ودخل الموعودُ له بسبب الوعد فى شيئ، فإنّ الوعد لازمٌ يجب الوفاء به، ويقضى به القاضى على الواعد. وبعبارةٍ أوضح: فإنّ الوعدَ لو تمّ وكان له سبب، ثم باشرَ الموعود له ذلك السّببَ اعتماداً على

---

(١) انظر عمدة القارى ١٢: ١٢١ ومرقاة المفاتيح ٩: ١١٤ والأذكار للنووى ص ٣١٧ وفتح العلى المالك ١: ٢٥٤ ولى فى نسبة هذا القول إلى جميع الحنفية نظر سأبينه إن شاء الله تعالى.

(٢) هذه المذاهب نقلها الإمام البخارى فى صحيحه، كتاب الشّهادات، باب الإنجاز بالوعد

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى المجلد ٩، ١٨: ٧٢ وحاشية ابن الشاط على الفروق للقرافى ٤: ٢٤

(٤) إحياء علوم الدين للغزالى ٣: ١٣٣

(٥) المحلّى ٨: ٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

وعد الواعد، فإنّ على الواعد وجوبَ الوفاء، ويُقضى به عليه. مثال ذلك: أن يقول الرّجل لرجل: "إهدم دارك وأنا أُقرضك"، فهدم الموعودُ له دارَه اعتماداً على وعده، فيلزم الواعدَ قضاءً أن يُقرضه المبلغ الموعود. وكذلك لوقال له: "أُخرجْ إلى الحجّ، وأنا أُقرضك"، فخرج للحجّ، وجب على الواعد الوفاء، وكذلك لو قال له: "تزوّجْ امرأةً وأنا أُسلفك"، فتزوّجها اعتماداً على الوعد، وجب الوفاءُ بالوعد قضاءً وديانةً.

وهذا القول مشهور مذهب مالك، وابن القاسم، وسحنون، وهو الّذى اعتمد عليه فى المدوّنة.[١]

والفريق الثّانى: ذهب إلى أنّ الوعد يكون لازماً يجبُ الوفاء به ويُقضى به عليه، إذا تمّ الوعد على سبب، وإن لم يدخل الموعودُ له فى مباشرة شيئ. مثال ذلك: قولك: "أريد أن أتزوّج"، أو "أريد أن أشتريَ كذا"، أو "أن أقْضِيَ غرمائى، فأَسْلِفنى كذا"، أو "أريد أن أسافرغداً إلى مكان كذا، فأعِرْنى دابّتك"، أو "أن أحرُث أرضى فأعِرْنى بقرتك"، فقال: "نعم". ثم بدا للواعد الرّجوعُ قبل أن يتزوّج أو أن يشتريَ أو أن يُسافر، فإنّ ذلك يلزمه ويُقضى به عليه. وهذه الصّورة تمثّل طلباً واستجابةً، ويشاركُها فى الحكم أن يكون الالتزام من جانبٍ واحد فقط بدون طلب الآخر، فلو لم تسأله، بل هو قال لك بنفسه: "أُسلفك كذا، أو أهب لك كذا لتقضيَ دَينك، أو لتتزوّج" أو نحو ذلك، فإنّه يلزمك ويجب عليك أن تَفِيَ بوعدِك، ويُقضى به عليك. وهذا مذهب أصبغ من المالكيّة.[٢]

---

(١) الفروق للقرافى ٤: ٢٥ وفتح العلى المالك ١: ٢٥٤

(٢) نفس المرجعين

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد رأى بعض العلماء المعاصرين أنَّ ماذكره المالكيّة من لزوم الوعد إنّما يجرى فى التبرّعات، دون المعاوضات. لأنّهم إنّما يتحدّثون عن الوعد الصّادر من جانبٍ واحدٍ على سبيل التّبرّع. فأمّا الوعد لإنشاء عقد معاوضةٍ فى المستقبل، فلا يوجد له ذكرٌ فى هذه الكتب. وإنّ الحطّاب رحمه الله قد ألّف فى الموضوع كتاباً مفرداً باسم "تحرير الكلام فى مسائل الالتزام" وقد بسط فيه صُور الوعد والالتزام، وتحدّث عن أحكامها فى تفصيلٍ جيّد، ولا يوجد فيه فرعٌ يتعلّق بمواعدة فريقين على إنشاء عقد معاوضةٍ فى المستقبل.

لكن توجد عندهم مسئلةٌ يقع فيها وعدٌ من أحد الجانبين لإنشاء معاوضةٍ فى المستقبل، وهى مسئلةُ "بيع الوفاء" الذى يسمّيه المالكيّة بيعَ الثُّنيا. وهو أن يبيعَ البائعُ شيئاً بشرط أنّ البائع إن جاء بالثّمن إلى المشترى، وجب عليه أن يرُدّ إليه ذلك الشّيئ. وقد أجمع فقهاء المالكيّة على أنّ هذا البيع غيرُ جائز إذا كان شرطُ الوفاء مصرّحاً فى صُلب عقد البيع الأول. أمّا إذا وقع البيع الأوّل مطلقاً عن شرط الوفاء، ثمّ تطوّع المشترى، فوَعَد البائعَ أنّه سيردّ إليه المبيعَ حينما يأتى إليه بالثّمن، فهو جائزٌ عندهم، والوعد لازمٌ على المشترى. قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

> "قال فى معين الحكام: ويجوز للمشترى أن يتطوّع للبائع بعد العقد بأنّه إن جاء بالثّمن إلى أجل كذا فالمبيع له. ويلزم المشتريَ متى جاءه بالثّمن فى خلال الأجل، أوعند انقضاءه، أوبعده على القُرب منه. ولا يكونُ للمشترى تفويتٌ فى خلال الأجل، فإن فَعل ببيعٍ أوهبةٍ أو شبه

www.besturdubooks.wordpress.com

ذلك، نُقِض إن أراده البائع ورُدَ إليه[١]"

فالمشترى ههنا قد وعد بردّه إلى بائعه إن جاءه بالثّمن، ولاشكّ أنّ هذا الردّ، سواءٌ سمّيناه بيعاً جديداً أم جعلناه إقالةً للبيع السّابق، وعدٌ بعقد معاوضة فى المستقبل، وقد جعله الفقهاء المالكيّة وعداً لازماً على المشترى، حتّى لم يجوّزوا له أن يبيعَ ذلك الشّيئ إلى فريق ثالث. ولئن باعه إلى ثالث قبل انقضاء أجل الوعد، فإنّ للبائع الأوّل أن يفسُخ هذا البيع، ويجبّر المشترى على الوفاء بالوعد. فكأنّهم جعلوا هذا الوعدَ بالبيع أقوى من البيع الباتّ اللاّحق، حيث يُنقض من أجل الوعد السّابق. غير أنّ هذا الوعد يكون من جانب واحد، وقد صرّحوا بأنّه لايجوز المواعدةُ من الطّرفين. يقول الحطّاب بعد بيان هذه المسئلة:

"وأصل المسألة فى نوازل أصبغ من جامع البيوع، ونقلها ابنُ عرفة باختصار فقال: الطّوعُ بها، أى بالثُّنيا بعد تمام العقد وقبض عوضيه، دون توطئةٍ ولامواعدةٍ ولامراوضةٍ موقّتة ومطلقة حلالٌ فى كل شيئٍ سوى الفروج[٢]"

وهذا يدلّ على أنّ الوعد إنما يلزمُ إذا كان من جانبٍ واحد، وهو المشترى، ولكنّ هذا الوعد يلزمه إلى أمد بعيد، حتى قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"إن لم يَضْرِبا لذلك أجلاً، فللبائع أخذُه متى جاء ه بالثّمن فى قرب الزمان

---

(١) تحرير الكلام فى مسائل الالتزام، للحطّاب ص ٢٣٩ طبع دار الغرب الاسلامي، بيروت ١٤٠٤هـ
(٢) تحرير الكلام ص ٢٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أو بُعده ما لم يفوّته المبتاع، فإن فوّته فلا سبيل إليه، فإن قام عليه حين أراد التّفويت، فله منعُه بالسّلطان إذا كان مالُه حاضراً، فإن باعه بعد منع السّلطان له ردّ البيع[1]"

وهذا يدلّ على أنّ الوعد الذى يلزم الواعدَ عند المالكيّة ليس مختصّاً بالتّبرعات فقط، وإنّما هو يجرى فى بعض المعاوضات أيضاً.

وكذلك يوجد عندالحنفيّة نصوصٌ تدلّ على لزوم الوعد، وكونِ الوفاء به واجباً على الواعد. فقال الإمام أبوبكر الجصّاص رحمه الله فى تفسير قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ[الصف: ٢]

"يُحتجّ به فى أنّ كلّ من ألزم نفسه عبادةً، أوقُربةً، وأوجب على نفسه عقداً، لزمه الوفاءُ به، إذ تركُ الوفاء به يُوجب أن يكون قائلاً ما لا يفعل، وقد ذمّ الله فاعلَ ذلك. وهذا فيما لم يكن معصيةً. فأمّا المعصيةُ، فإنّ إيجابها فى القول لايلزمه الوفاءُ بها، وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلّم: لانذرَ فى معصيةٍ، وكفّارتُه كفارة يمين. وإنّما يلزم ذلك فيما عقده على نفسه ممّا يتقرّب به إلى الله عزّ وجلّ، ومثل النّذور، وفى حقوق الآدميّين، العقود الّتى يتعاقدونها[2]"

وظاهرُ ماتحته خطّ من هذه العبارة يدلّ على أنّ الوعود يجب إيفاءُ ها إذا كانت متعلّقةً بالعقود الّتى يتعاقد بها النّاس. أمّا الوعودُ الّتى تتعلق بمباحاتٍ يفعلها الإنسان فى

(١) نفس المرجع السالق

(٢) أحكام القرآن، للجصّاص ٣:٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com



المستقبل، وليس فيها إلزامٌ على نفسه، فإنّ الوفاءَ بها مستحبٌّ وليس واجباً. وإليه أشار الجصّاص رحمه الله تعالى بقوله:

"وكذلك الوعدُ بفعلٍ يفعله فى المستقبل وهو مباحٌ، فإنّ الأولى الوفاء به مع الإمكان."

وهو الموقفُ الذى يبدو مختاراً عند والدى العلاّمة المفتى محمد شفيع رحمه الله تعالى فى تفسيرقوله تعالى: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا [الإسراء: ٣٤](١).

أمّا أكثر الفقهاء الحنفيّة، فلم يذهبوا إلى لزوم الوعد فى القضاء فى عامّة الأحوال، لكنّهم صرّحوا بأنّه قد تُجعل المواعيدُ لازمةً لحاجة النّاس. ولذلك جعلوا الوعدَ لازماً فى بيع الوفاء. قال ابن عابدين رحمه الله فى مبحث الشّرط الفاسد:

"قلت: وفى جامع الفصولين أيضاً: لوذكرا البيعَ بلاشرط، ثم ذكرا الشّرط على وجه العِدة، جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمةً، فيُجعل لازماً لحاجة النّاس(٢)".

ثم حكى عن الفتاوى الخيريّة للرّملى:

"فقد صرّح علماؤنا بأنّهما لو ذكرا البيع بلاشرط، ثم ذكرا الشّرط على وجه العِدَة، جاز البيعُ ولزم الوفاءُ بالوعد."

ثم قال فى آخر هذا المبحث:

---

(١) راجع تفسير معارف القرآن، للمفتى محمد شفيع، رحمه الله (باللغة الأردية) ٥:٤٦٨

(٢) ردالمحتار ١٤: ٦٥٦ فقره ٢٣٥٥١

www.besturdubooks.wordpress.com

"وقد سُئِل الخير الرّمليّ عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده، وعقدا البيع خالياً عن الشّرط، فأجاب بأنّه صرّح فى الخلاصة، والفيض، والتّتارخانية وغيرها بأنّه يكون على ما تواضعا".

وكذلك ذكر العلامة خالد الأتاسى فى مبحث بيع الوفاء عن الفتاوى الخانيّة:

"وإن ذكرا البيع من غير الشّرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة، فالبيع جائز، ويلزم الوفاءُ بالوعد، لأنّ المواعيد قد تكون لازمةً، فتُجعل لازمةً لحاجة النّاس[1]"

وقال ابن نُجيم رحمه الله تعالى فى الأشباه:

"الخُلْف فى الوعد حرام، كذا فى أضحيّة الذخيرة. وفى القِنْية: وَعَده أن يأتيه، فلم يأته، لا يأثم، ولا يلزم الوعدُ إلاّ إذا كان معلّقا، كما فى كفالة البزازية، وفى بيع الوفاء، كما ذكره الزّيلعىّ"

وقال الحمويّ تحته:

"والتّقدير: ولا يلزم الوعدُ إلاّ فى التّعليق وبيع الوفاء، وإن لم يكن معلّقاً"

والواقعُ أنّ الوفاءَ بالوعد مأمورٌ به من قِبل القرآن والسنّة بكل تأكيد؛ وإخلافُ الوعد منهيٌّ عنه بالنّصوص الصّريحة، فقال الله تبارك وتعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا

(١) شرح المجلة للأتاسى ٢:٤١٥

www.besturdubooks.wordpress.com



بِالْعُقُودِ [المائدة : ١] ويقول الإمام أبوبكر الجصّاص فى تفسيره:

"العقد ما يعقده العاقد على أمرٍ يفعله هو، أو يعقد على غيره فعلَه على وجه إلزامه إيّاه ... وسُمّي اليمينُ على المستقبل عقداً، لأنّ الحالف قد ألزم نفسه الوفاءَ بما حلف عليه من فعلٍ أوترك، والشّركة والمضاربة ونحوها تسمّى أيضاً عقوداً، لما وصفنا من اقتضاءه الوفاءَ بما شرطه على كلّ واحدٍ من الرّبح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذ لك العهد والأمان،لأنّ مُعطيها قد ألزم نفسه الوفاءَ بها، وكذلك كلّ شرطٍ شرطه الإنسان على نفسه فى شيئٍ يفعله فى المستقبل، فهوعقد[1]"

وقال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ؟ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ [الصّف : ٢ ، ٣] وقد مرّ تعليق الجصّاص على هذه الآية، وإنّه وعيدٌ شديدٌ على الإخلاف في الوعد. وقال تعالى: وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا [الإسراء : ٣٤]

وقد صحّ من رواية أبى هريرة رضى الله عنه أنّ النّبىّ صلى الله عليه وسم قال:

"آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أوتمن خان."[2]

وقد صحّ من رواية عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما مرفوعاً:

---

(١) أحكام القرآن للجصّاص ٣:٢٩٤-٢٩٥

(٢) صحيح البخارى، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب خصال المنافق

www.besturdubooks.wordpress.com



"أربعٌ من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلةٌ منهن كانت فيه خصلةٌ من النّفاق حتىّ يدعها .... إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر"[1]

وروى البخاريّ رحمه الله تعالى حديث عائشة:

"أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم كان يستعيذ في صلاته كثيراً من المأثم والمغرم. فقيل له: يا رسولَ الله! ما أكثرَ ما تستعيذ من المغرم؟ فقال: إنّ الرّجل إذا غرِم، حدّث فكذب، ووعد فأخلف."[2]

وقد قرن رسولُ الله صلى الله عليه وسلم خُلْفَ الوعد في هذين الحديثين بالكذب، وقد جعله علامةَ النّفاق في الحديث الأوّل.

وقد صحّ عن أبي بكر الصدّيق رضي الله تعالى عنه أنّه أعلن عندما جاء ه مالٌ من البحرين: "مَن كان له عند النّبيّ صلى الله عليه وسلم عِدَةٌ أو دَين فليأتنا". فأتاه جابر رضي الله عنه وذكر أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم وعده بأن يحثي له ثلاثا، فحثي له أبو بكر رضي الله عنه ثلاثاً[3]. فقرَن أبو بكر رضي الله عنه العِدةَ بالدَّين، ووفى بوعد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وقد ورد في حديث هرقل أنّ أبا سفيان ذكر عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه: "يأمر

---

(١) صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إذا خاصم فجر، حديث ٢٤٥٩

(٢) صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، باب من استعاذ من الدين رقم ٢٣٩٧

(٣)صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب إذا وهب هبة أو وعد ثم مات، رقم ٢٥٩٨ و كتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد، رقم ٢٦٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com



بالصّلاة والصّدق والعفاف والوفاء بالعهد وأداء الأمانة[1]" ممّا يدلّ على أنّ الوفاء بالعهد كان من النّقاط الأساسيّة الّتي بنى عليها رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم دعوته.

وقد ورد عن ابن عبّاس رضى الله تعالى عنهما عن النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"لاتُمارِ أخاك، ولاتُمازِحْه، ولاتعِده موعدةً فتُخلِفه"[2]

وروى أنس عن النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"لا إيمانَ لمن لا أمانة له، ولا دينَ لمن لاعهد له[3]"

فهذه الآيات والأحاديثُ بمجموعها لا تدع مجالاً للشّكّ فى أنّ الوفاء بالوعد واجبٌ، وإخلافه إثم، إلاّ إذا كان بعذرٍ مقبول. ومن العلماء من تأوّل فى هذه الأحاديث بأنّ الحرمة إنّما تلزم إذا كان فى نيّة الواعد عند الوعد أنّه لايَفى به، أمّا إذا كان فى نيّته أن يَفِيَ، ثم بدا له خلافُه فلا يحرم إخلاف الوعد. واستدلّوا فى ذلك بما أخرجه أبو داود والتّرمذىّ عن زيد بن أرقم، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إذا وعد الرّجل أخاه، ومن نيّته أن يفيَ له، فلم يَفِ، ولم يجئ للميعاد فلا إثمَ عليه[4]"

ولكنّ هذا الحديث مدارُه على أبى النّعمان و أبى وقّاص، وكلاهما مجهول. ولذلك

---

(١) صحيح البخارى، كتاب الشهادات، رقم ٢٦٨١

(٢) أخرجه الترمذى فى البرّ والصلة، حديث ١٩١٨ وقال "حسن غريب"

(٣) مسند أحمد ١٩: ٣٧٦، ٢٠: ٣٣، ٢٠: ٤٢٣، ٢١: ٢٣١

(٤) سنن أبى داود، كتاب الأدب، حديث ٤٣٤٣

www.besturdubooks.wordpress.com

قال الإمام الترمذيّ رحمه الله بعد إخراجه: "هذا حديث غريب، وليس إسناده بالقويّ. عليّ بن عبد الأعلى ثقة، ولايعُرف أبو النّعمان ولا أبو وقّاص، وهما مجهولان[1]"

ولئن ثبت هذا الحديث بطريق مقبول، فيمكن حملُه على حالة العذر، بينما الآياتُ والأحاديث الموجبة للوفاء بالوعد شاملةٌ للحالتين، سواء أكان فى نيّة الواعدِ الوفاءُ عند الوعد أم لم يكن. أمّا حالةُ العذر، فيدلّ على استثناءها ما ورد فى الصّحيح من حديث عائشة رضى الله عنها قال:

"واعَد رسولُ الله صلى الله عليه وسلم جبريلَ عليه السّلام فى ساعةٍ يأتيه فيها، فجاءت تلك السّاعةُ ولم يأته، وفى يده عصًا فألقاها من يده، وقال: ما يُخلف الله وعدَه ولارُسُلُه، ثم التفت، فإذا جِرْوُ كلبٍ تحت سريره فقال: يا عائشة! متى دخل هذا الكلب ههنا؟ فقالت: والله ما دريتُ، فأمر به فأخرج، فجاء جبريل، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: واعدتَنى فجلستُ لك، فلم تأتِ، فقال: منعنى الكلبُ الّذى كان فى بيتك، إنّا لاندخل بيتاً فيه كلبٌ ولا صورة[2]"

وقال الإمام الغزالى رحمه الله تعالى فى سياق آفات اللسان:

"الآفة الثالثة عشر: الوعد الكاذب ... فإنّ اللسان سبّاقٌ إلى الوعد، ثم النّفس

(١) جامع الترمذى، كتاب الإيمان، حديث ٢٥٥٧

(٢) صحيح مسلم، كتاب اللباس والزينة، حديث ٣٩٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com



ربّما لا تسمحُ بالوفاء فيصير الوعد خُلفاً، وذلك من أمارات النّفاق ... قال الله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنوُا أَوفُوا بِالعُقوُدِ... وقد أثنى الله تعالى على نبيّه إسماعيل عليه السلام فى كتابه العزيز فقال: إنَّه كَانَ صَادِقَ الوَعدِ.. ولمّا حضرت عبدَ الله بن عمر الوفاةُ قال: إنّه كان خطب إلى ابنتى رجلٌ من قريش، وكان إليه منّى شِبهُ الوعد، فوالله لا ألقى الله بثلُث النّفاق. أُشهدكم أنّى قد زوّجتُه ابنتى... وكان ابن مسعود لا يعِد وعداً إلاّ ويقول: إن شاء الله، وهو الأولى. ثمّ إذا فُهم مع ذلك الجزم فى الوعد، فلابدّ من الوفاء إلاّ أن يتعذّر. فإن كان عند الوعد عازماً على أن لا يَفِيَ فهذا هوالنّفاق. وقال أبو هريرة: قال النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم: ثلاثٌ من كُنّ فيه هو منافق وإن صام وصلّى... وهذا ينزل على عزم الخلف أوترك الوفاء من غيرعذر. فأمّا مَن عَزم على الوفاء، فعنّ له عذرٌ منعه من الوفاء لم يكن منافقاً، وإن جرى عليه ما هو صورة النفاق، ولكن ينبغى أن يُحترز من صورة النّفاق أيضاً، كما يحترز من حقيقته ولا ينبغى أن يجعل نفسه معذوراً من غير ضرورةٍ حاجزة"[1]

فالّذى يتلخّص من القرآن والسنّة أنّ الوعدَ إذا كان جازماً يجب الوفاء به ديانةً، ويأثم الانسان بالإخلاف فيه، إلاّ إذا كان لعُذرٍ مقبول. أمّا لزومُ الوفاء قضاءً، فالأصلُ فيه أنّ مجرّد الوعد لا يُحْكمُ به فى القضاء، لأنّ المواعيدَ متنوّعة، وليس من مهامّ

(١) إحياء علوم الدين للغزالى ٣:١٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

القضاء أن يتدخّل فى كلّ مايجرى بين النّاس من كلام، فمَن قبِل من الآخر خِطبتَه لبنته، فإنّ ذلك وعدٌ منه بتزويجه إيّاها. وقد يبدوله أنّه ليس من مصلحة البنت أن يَفيَ بهذا الوعد. فلو قلنا: إنّ المواعيدَ كلّها لازمةٌ فى القضاء، لزم أن يرفع الخاطبُ هذه القضيّة إلى القاضى، ويجبُر القاضى والدَ المخطوبة على أن يزوّج الخاطب إيّاها، وهذا ممّا فيه حرجٌ ظاهر. وكذلك لووعد أحدٌ آخرَ أن يعطيه بعضَ الفلوس تبرّعاً، فهذا وعدٌ يجب إيفاء ه على الواعد ديانةً. أمّا أن يأخذ الموعودله بيد الواعد، ويجُرَّه إلى المحكمة لإنجاز هذا الوعد، فلا عهدَ به فى الشّريعة.

ولكن قد تظهر هناك حالاتٌ يمكن أن تُجعل المواعيدُ فيها لازمةً فى القضاء، لأنّ الإخلاف فيها يؤدّى إلى ضرر بيّن للموعود له. مثلاً: إن وعد أحدٌ بشراء بضاعةٍ من تاجر، وقد تكلّف التّاجر نفقاتٍ باهضة، وتحمّل جُهداً كبيراً للحصول عليها بناءً على وعد المشترى بأنّه سيشتريها منه، وقد تكون البضاعةُ ممّا لا يوجد لها المشترون إلاّ بقلّة. فلو امتنع المشترى عن الوفاء بوعده، فإنّ ضررَ التّاجر ظاهر، فالقولُ بعدم لزوم الوعد فى مثل هذه الحالة يعوّق النّاس عن الدّخول فى التّعاملات التّجاريّة الكبيرة، ولاسيّما فى التّجارة الدّوليّة اليوم، حيثُ إنّ العقودَ فيها إنّما تُبنى على أساس الوعود والمساومات الّتى تأخذ وقتاً طويلا، ولولا أنّ هذه الوعودَ لازمةٌ فى القضاء، لم يَثِقْ أحدٌ بآخر، ولا اجترأ على الدّخول معه فى البيع.

فإنّ أمثال هذه الحالات هى الّتى قال فيها الفقهاء الحنفيّة: "وقد تُجعل المواعيدُ لازمةً لحاجة النّاس" كما أسلفنا عن ردّالمحتار وغيره.

بقيَ الآن تحديدُ المعيار الّذى يفرّق بين الوعد الّذي يلزم قضاءً، وبين الوعد الّذى

www.besturdubooks.wordpress.com



لايلزم. والّذى أرى أنه يمكن جعلُ الوعد لازماً فى القضاء على أساسين:

ألأوّل: أن يكون ذلك بتقنينٍ من الحكومة الإسلاميّة. فيُعيّن القانون المواعيدَ الّتى تُعتبر لازمةً فى القضاء.

والثّانى: أن يكون فى الوفاء بالوعد كلفةٌ على الموعودله يتحمّلها بناءً على الوعد، ويصرّح الواعدُ فى وعده بأنّ هذا الوعد لازمٌ عليه فى القضاء، ويكتُبه أو يُشهد عليه.

فلو وعد أحدٌ بالبيع أو بالشّراء، وقد صرّح الواعدُ بأنّ هذا الوعد يلزمه فى القضاء، فينبغى أن يلزمه، ويُحْكم به قضاءً. ومستندُنا فى ذلك الآياتُ والأحاديثُ الدّالّة على وجوب الإيفاء بالوعد ديانةً، وما كان واجباً فى الدّيانة يمكن أن يُجعل لازماً فى القضاء بتقنينٍ من الحكومة، لأنّ طاعةَ أولى الأمر واجبةٌ فى المباحات، ففى الواجبات أولى. وعند فُقدان مثل هذا التّقنين، يمكن أن يحُلّ التزامُ الواعد محلّه، لأنّ المواعيدَ قد تُجعل لازمةً لحاجة النّاس، كما صرّح به الفقهاء الحنفيّة، والحاجةُ فى مثل هذه الحالات متحقّقة، ولذلك أفتى الشّيخ فتح محمّد اللّكنوىّ رحمه الله (تلميذ الإمام عبدالحىّ اللّكنوىّ) وتلميذه الشيخ سعيد أحمد اللكنوىّ رحمه الله تعالى بأنّ الوعدَ بالبيع أو الشّراء لازمٌ قضاء.[1]

وقد درس مجمع الفقه الإسلامىّ المنبثق عن منظّمة المؤتمر الإسلامىّ هذه المسئلة فى دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى سنة ١٤٠٩هـ وقرّر فى هذا الموضوع ما يلى:

---

(١) عطر هداية ص ١١٠ وص ٢٤٣ و ٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"الوعد يكون ملزِماً للواعد ديانةً إلاّ لعُذر، وهو ملزِمٌ قضاءً إذا كان معلّقاً على سبب، ودخل الموعود في كُلفة نتيجةَ الوعد. ويتحدّد أثرُ الإلزام في هذه الحالة إمّا بتنفيذ الوعد، وإمّا بالتّعويض عن الضّرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلاعذر[1]"

وإنّما أفتى المجمعُ بالتّعويض عن الضّرر الفعليّ على أساس القواعد العامّة المأخوذة من الحديث الطويل لعُبادة بن الصّامت رضي الله تعالى عنه الّذي ذكر فيه عدّة أقضية لرسول الله صلى الله عليه وسلم، وفيه: "وقضى أن لاضرر ولاضرار."[2] كذلك رواه عبدالله بن عباس رضي الله تعالى عنهما أنَ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لاضرر ولاإضرار."[3] ويشهد له ما رواه جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "لاضرر ولاضرارَ في الإسلام." أخرجه الطبرانيّ في الأوسط.[4] وكذلك أخرجه الطبرانيّ عن عائشة رضي الله تعالى عنها بسند ضعيف.[5]

وربّما ينشأ سؤال، وهو أنّ الوعد بالبيع أو بالشراء يقعُ غالباً في حين أنّ البائع لا

---

(١) قرار، رقم ٢،٣ مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الخامس ١٥٩٩:٢

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٣٧: ٤٣٦ برقم ٢٢٧٧٨ وقال الهيثميّ رحمه الله تعالى: "روى ابن ماجه طرفاً منه. رواه عبدالله بن أحمد، وإسحق (يعني ابن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت) لم يُدرك عبادة." (مجمع الزوائد ٤: ٢٠٥)

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٥: ٥٥ برقم ٢٨٦٥ ولكن فيه جابر الجعفيّ معروف بضعفه

(٤) كذا في مجمع الزوائد ٤: ١١٠ وقال الهيثميّ رحمه الله تعالى: " وفيه ابن إسحق، وهو ثقة ولكنّه مدلّس."

(٥) مجمع الزوائد ٤: ١١٠

www.besturdubooks.wordpress.com



يملك المبيع. فلو جعلنا الوعدَ ملزِماً فى القضاء، صار ذلك مشابهاً لعقد البيع، وهو بيعٌ لما لا يملك الإنسان، أو هو بيعٌ مضافٌ إلى المستقبل، وكلاهما لا يجوز.

والجواب، أنّ الوعد الملزم بالبيع ليس بيعاً، ويتّضح الفرقُ بينهما بالنّقاط الآتية:

١- حيث إنّ الوعد بالبيع ليس بيعاً، فإنّ البيعَ يحتاج إلى أن يتمّ عند الأجل الموعود بالإيجاب والقبول من الطّرفين أو بالتّعاطى. فإذا لم يتحقّق الإيجابُ والقبول ولا التّعاطى عندئذٍ، لم ينشأ بيعٌ، بخلاف البيعِ المضاف إلى المستقبل، فإنّه لا يحتاج إلى الإيجاب والقبول مرّةً أخرى، وإنّما تنشأ الحقوقُ والالتزاماتُ عند الأجل المحدّد، فتنتقل ملكيّةُ المبيع إلى المشترى، ويجب عليه أداء الثّمن بصفةٍ تلقائيّة.

٢- بما أنّ البيع لاينعقد بمجرّد الوعد، وإنما يحتاج الطّرفان إلى عقده فى التّاريخ الموعود، فإن أخلفَ الواعدُ فى وعده، ولم يعقد البيعَ فى أوانه، فإنّ القاضيَ يجبُره إذا كان قادراً على تنفيذ البيع. وإن كان إخلافُه للوعد لسببٍ خارج عن اختياره، وكان له عذرٌ واضحٌ فى ذلك، فإنّه يُعذر. أمّا فى البيع المضاف إلى المستقبل، فالبيع باتٌّ منذ يوم البيع، فلايُعذَر الطّرف المقصِّرُ فى حالٍ من الأحوال. فإن كان اشترى شيئاً فى التّاريخ المستقبل، فإنّه يصيير مديناً بالثّمن فى ذلك التّاريخ تلقائيًّا. فإن لم يستطع أداء الثّمن، يبقى الثّمنُ دَيناً فى ذمّته إلى أن يسدّده، ولا يسبّب عدمُ أداء ه للثمن فسخاً للبيع، إلاّ بعقد الإقالة بالتّراضى.

ثمّ إنّ مجمع الفقه الإسلاميّ إنّما أجاز لزومَ الوعد إذا كان من طرفٍ واحد. أمّا إذا

www.besturdubooks.wordpress.com

كان هناك مواعدةٌ من الطّرفين فلم يجوزها المجمع[١]، وذلك لكونها مشابهةً للعقد المضافِ إلى المستقبل، حيثُ يلتزم كلّ واحدٍ منهما بالعقد فى تاريخٍ لاحق، بخلاف الوعد من طرفٍ واحد، فإنّ الملتزم به أحدالفريقين، والثّانى غير مُلزَم به، فيفارق العقدَ من هذه الجهة.

ولكن ربّما تمسّ الحاجة إلى مُواعدةٍ ملزمةٍ للطّرفين، وخاصّةً فى التّجارة الدّولية واتفاقيّات التّوريد.

٣٣- المواعدة فى اتفاقيّات التّوريد

واتّفاقيّةُ التّوريد عبارةٌ عن اتّفاقٍ بين الجهة المشترية والجهة البائعة على أنّ الجهة البائعة تُورِّد إلى الجهة المشترية سِلَعاً أو موادّ محدودةَ الأوصاف فى تواريخَ مستقبلة معيّنة لقاءَ ثمنٍ معلومٍ متّفَق عليه بين الفريقين، مثل أن يحتاج فندقٌ إلى موادّ غذائيّة تُورَّد إليه كلّ يوم، فيدخلُ صاحبُ الفندق فى اتّفاقيّة التّوريد مع تاجرٍ أنّه سيوفّر لها تلك الموادّ الغذائيّة بمواصفاتٍ معلومة، وكميّة معلومة، كلّ يوم إلى مدّة سريان الاتّفاقيّة. وقد عرّف مجمعُ الفقه الإسلاميّ التّوريد بما يأتى:

> "عقد التّوريد عقدٌ يتعهّد بمقتضاه طرف أوّل بأن يُسلّم سِلعاً معلومةً مؤجّلةً بصفة دوريّة خلال فَترةٍ معيّنةٍ لطرفٍ آخر مقابلَ مبلغ معيّن مؤجّلٍ كلُّه أو بعضُه."[٢]

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد الخامس ١٥٩٩:٢، رقم ٣و٢ من الدورة الخامسة المنعقدة بالكويت سنة ١٤٠٩هـ

(٢) قرار رقم ١٠٧ (١-١٢) مجلّة المجمع، العدد الثانى عشر

www.besturdubooks.wordpress.com



وإنّما تحتاج المؤسساتُ التّجاريّة إلى مثل هذه الاتّفاقيّات، ليُمكن لها تخطيطُ نشاطاتها التّجاريّة، فإنّ ذلك لا يتيسّر إلاّ بالتزامٍ من الطّرفين، يتمّ به الحصولُ على الموادّ الخامّ، أو الموادّ المطلوبة الأخرى فى أوقات محدّدة، ويكون لتحديد هذه الأوقات أثرٌ كبير فى نجاح المخطّطات التّجارية وفَشلها.

وحكم هذه الاتفاقيّات أنّه إن كان محلُّ التّوريد شيئٌ يحتاج إلى صناعة، فيمكنُ تقعيدُها على أساس الاستصناع، وسيأتى حكمُه فى موضعه إن شاء الله تعالى. وكذلك إن كان المستوردُ يُعجّل الثّمنَ بكامله عند العقد، فهذا عقدٌ يأخذ حُكم السّلم، فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً كما سيأتى فى محلّه إن شاء الله تعالى.

أمّا إذا كان محلُّ التوريد شيئٌ لايحتاج إلى صنعة، ولا يُمكن تخريجُه على أساس السّلم، فلا يجوز أن تُعتبر الاتفاقيّةُ عقداً باتّاً للبيع أو الشّراء، لأنّه عقدٌ مضافٌ إلى مستقبل، ومنعه جمهور الفقهاء، ولأنّه يتأجّل فيه البدلان، فيستلزم بيعَ الكالئ بالكالئ، ولأنّ محلَّ التّوريد فى كثيرٍ من الأحوال لا يملكه البائعُ عند التّوقيع على الاتفاقية، بل ربّما يكون معدوماً، فيستلزم بيعاً للمعدوم، أو لما لا يملكه البائع، وكلاهما ممنوع.

فالصّحيح أنّ اتفاقيّة التّوريد لا تعدُو من النّاحية الشّرعية من أن تكون تفاهماً ومواعدةً من الطّرفين. أمّا البيع الفعلىّ، فلا ينعقد إلاّ عند تسليم المبيعات. فالإشكال الوحيدُ إذن، هو فى كون هذه المواعدة ملزمةً للطّرفين، والمواعدةُ فى عامّة الأحوال لاتكون ملزِمة، وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامىّ بشأن التّوريد خاصّةً أنّه يجوز إذا لم تكن المواعدةُ ملزمةً لأحد الطّرفين، أو لكليهما. أمّا إذا كانت هناك مواعدةٌ ملزمةٌ للطّرفين

www.besturdubooks.wordpress.com

فهذه الاتّفاقيّات غيرُ جائزةٍ شرعاً.

ولكن ذكر بعضُ الفقهاء أنّ المواعدةَ قد تُجعل لازمةً لحاجة النّاس، ويقول الإمام قاضي خان، وهو يتحدّث عن بيع الوفاء:

"وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشّرط على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاءُ بالوعد، لأنّ المواعدةَ قد تكون لازمةً، فتُجعل لازمةً لحاجة الناس[1]"

وكذلك يظهر من عبارة الإمام أبي بكر الجصّاص، رحمه الله تعالى، في تفسير قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لاَ تَفْعَلُونْ" [الصف:٢] وقد ذكرنا نصّه عند كلامنا على الوعد.

وقال العلاّمة بدر الدّين العينيّ رحمه الله تعالى في تفسير قول الله تعالى حاكياً عن شعيب عليه السّلام: "إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ" [القصص: ٢٧]

"فإن قلت: كيف يصحّ أن يُنكِح إحدى ابنتيه من غير تمييز؟ قلتُ: لم يكن ذلك عقدَ النّكاح، ولكن مواعدةٌ ومواضعة، أمرٌ قد عُزم عليه."[2]

والظّاهر أن العينيّ رحمه الله اعتبره مواعدةً ملزمة، وفرّق بينه وبين العقد.

ولا شكّ أن حاجة إلزام المواعدة في اتّفاقيّات التّوريد ظاهرة. وضررُ أحد الفريقين عند عدم لزومها بيّنٌ لا يحتاج إلى شرح. ولذلك أفتى الشّيخ فتح

---

(١) فتاوى قاضي خان، بهامش الفتاوى الهندية ٢:١٦٥ فصل في الشروط المفسدة في البيع

(٢) عمدة القاري، كتاب الإجارات، باب من استأجر أجيرا فبين له الأجل ولم يبين له العمل. ١٢: ١٢١

www.besturdubooks.wordpress.com



محمد اللّكنويّ رحمه الله (تلميذ الإمام عبدالحى اللكنوى) وتلميذه الشيخ سعيد أحمد اللكنويَ رحمه الله تعالى بأنّ المواعدة بالبيع و الشّراء لازم قضاء.(١)

فإن قيل: ما هوالفرق بين هذه المواعدة اللاّزمة وبين البيع المضاف إلى المستقبل؟ فالجواب: أنّ المواعدةَ لا تكونُ فى حكم إنجاز عقد البيع، لأنّ إنجازَ العقد ينقُل المعقودَ عليه من ذمّة إلى ذمّة. فمَن أنجز الشّراءَ، فإنّه جعل الثّمن ديناً فى ذمّته، ومن أنجز البيع، فإنّه نقل مِلكَ المبيع إلى المشترى، أوجعل المبيع ديناً فى ذمّته إن كان البيع سَلماً. وإنّ هذا الانتقال من ذمّة إلى ذمّةٍ يحدُث فورَ مايتمّ الإيجاب والقبول. ولذلك من اشترى داراً لسُكناه، ولم يدفع الثّمن إلى بائعها، فإنّه صار مديناً للبائع بمقدار الثّمن، وتجرى عليه سائر أحكام المديون، فلا تجب عليه الزّكاة بمقدار هذا الدّين على قولِ من يجعل الدّينَ ما نعاً لوجوب الزكاة، حالاً كان أومؤجّلا(٢). وإذا أفلس المشترى، فإنّ البائع أسوةٌ للغرماء على قول الحنفيّة. وكذلك من باع الحنطةَ سلَماً، فإنه أصبح مديناً للمشترى بذلك المقدار من الحنطة، فتسقطُ عنه الزّكاة بذلك المقدار لكونه ديناً عليه، ولا يسقطُ هذا الدّينُ بموت المسلم إليه، فيؤخذ المسلم فيه من تركته حالاً(٣).

أمّا المواعدة، فلا تُنشئ ديناً على أحد من الطرفين، فلا تحدُث بها هذه النّتائج. فإذا تواعدا على بيع الشّيئ فى تاريخ لاحق، لم يكن الثّمنُ دَيناً فى ذمّة الواعد بالشّراء، فلا تسقط عنه الزكاةُ بمقدار الثّمن، ولم يكن المبيعُ ديناً فى ذمّة الواعد بالبيع، فلا

(١) عطر هداية ص ١١٠ وص ٢٤٣ و ٢٤٤

(٢) راجع بدائع الصنائع للكاسانى ٢:٨٣ داراحياء التراث العربى، بيروت ١٤١٨هـ

(٣) راجع ردالمحتار ١٥: ٣٧٥ فقره ٢٤٧٤٧ باب السلم

www.besturdubooks.wordpress.com

تسقطُ عنه زكاتُه. ولا يحقّ للواعد بالشّراء أن يأخذ الشّيئ الموعودَ بيعُه من تركة الواعد بالبيع بعد موته أو إفلاسه. فظهر أنّ المواعدة ليست عقداً، ولا تنتُج عنها آثار العقد، ولا المديونيّةُ إلاّ فى التّاريخ الموعود، بل يجب عند ذلك أن يتمّ الإيجاب والقبول من الطّرفين، على أنّه إن عرض لأحد الطرفين فى المواعدة عذرٌ حقيقيٌّ مقبول مَنَعه من إنجاز الوعد، فإنّه يُعدّ معذوراً، ولا يُجبر على إنجاز العقد، ولا على دفع التّعويض. أمّا فى البيع المضاف إلى المستقبل، فعِجْز أحد الطّرفين من تنفيذ مسؤليّاته العقديّة لايسبّب الفسخ تلقائيّاً، وإنّما يحتاج إلى الإقالة بالتّراضى.

أمّا أثر كون المواعدة لازمةً، فلا يتجاوز من أن يجبُر الحاكمُ الفريقين بإنجاز العقد فى التّاريخ الموعود. وإن أخلّ أحدُهما بالوفاء بوعده بدون عذرٍ مقبول، حمّله الحاكم ماتضرّر به الآخرُ من الضّرر الفعليّ الّذى أصاب الفريقَ الآخر بسبب تخلّفه عن الوفاء[١]. وهذه النّتيجةُ مختلفةٌ تماماً عن نتائج إنجاز العقد الّذى ينقل المعقود عليه من ذمّة إلى ذمّة.[٢]

٣٤- المواعدة في البيوع عن طريق فتح الاعتمادالمصرفي

ثم إنّ البيوع الدّولية التي تتمّ عن طريق الاعتماد المصرفيّ (Letter of Credit) لايمكن تخريجها عموماً إلاّ على أساس المواعدة. وذلك لأنّ الاعتماد المصرفيّ إنّما يُفتح عادةً حينما تكون عند فاتح الاعتماد اتفاقيةُ بيعٍ ملزمةٌ للطرفين. وإنّ هذه الاتفاقيّةَ

---

(١) وهذا ما صدربه قرار مجمع الفقه الإسلاميّ فى إخلاف الوعد من طرف واحد، راجع مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، عدد ٥ ج ٢ ص ١٥٩٩

(٢) ولمزيد من البحث فى عقود التوريد يراجع رسالتى المستقلّة "عقود التوريد والمناقصة"

www.besturdubooks.wordpress.com



لا يمكن أن تُعتبر بيعاً ناجزاً في عامّة الأحوال، لأنها تُوقّع غالباً فى حين لا يملك فيه البائع الكمّية المطلوبة من البضاعة المبيعة. ومعلومٌ أنّ بيع مالايملك الإنسان باطلٌ شرعاً. ولوكان المبيعُ مملوكاً للبائع، فإنّ الكمّية المبيعة غيرُ متعيّنة، وكذلك يشترط في الاتفاقيّة تأجيلُ تسليم المبيع، وذلك يؤدّي إلي تأجيل البدلين، وبيعِ الكالئ بالكالئ، وكلٌّ ذلك ممنوعٌ شرعاً. فلا سبيل لتصحيح هذه العمليّة الّتى لاغِنيً عنها في التّجارات الدّولية إلاّ بأن تعتبر هذه الاتفاقيّةُ مواعدةً لعقد البيع بعد تحقّق شروطٍ متّفَق عليها.

ولابدّ من كون هذه المواعدة ملزمةً للطرفين، لأنّه لايُفتح الاعتماد عادةً إلاّ بذلك، ولايمكن إنجاز البيع فى غالب الأحوال إلاّ بفتح الاعتماد. و سوف نتكلّم على مسائل الاعتماد المستنديّ فى باب مستقلّ إن شاء الله تعالى. وسنذكر أنّ اتّفاقيّة البيع (Agreement to sell) مختلفةٌ تماماً عن عقد البيع، فإنّ الاتّفاقيّة لاتعدو من أن تكون مواعدةً ملزمة، وإنّما يُعقد البيع بعدها إمّا بالإيجاب والقبول، أو بالتّسليم والتّسلّم على أساس التّعاطى. وإنّ كثيراً من بيوع العقارات فى عهدنا تقع على هذا الأساس، حيثُ تُوقّع اتفاقيّة البيع قبل إنجاز البيع، لأنّ إنجازَ البيع يتوقّف عادةً بتوافر شروط لا يرضى المتعاقدان بإنجازه إلاّ بها. فلا سبيلَ لتصحيح هذه العمليّات إلاّ على أساس المواعدة الملزمة للطّرفين.

ولكن لايغِبْ عن البال أنّ كونها مُلزمةً خلافُ الأصل، وإنّما أجيز على أساس حاجة تجاريّة حقيقيّة. فلاينبغى أن تُتّخذ أصلاً فى جميع العمليّات الرّائجة فى السّوق الرأسماليّة. فإنّ هناك عمليّات كثيرة ليست مبنيّةً على أساس حاجة تجاريّة حقيقيّة، وإنّما المقصود منها الدّخول فى عقود المضاربات (Speculations) الّتى

www.besturdubooks.wordpress.com

اخترعتها السُّوق الرأسماليّة، وليس المقصودُ منها تسليمَ المبيع وتسلُّمَها، وإنّما المقصودُ الاسترباح من خلالِ فروق الأسعار. وهى بالمقامرة أشبهُ منها بالتّجارة، وتنشأ منها مفاسدُ خطيرةٌ ليس هذا موضعَ شرْحها.

ولأجل معرفة ما يقع فى فى العقود التّجاريّة اليوم يُناسبُ أن نُلقيَ نظرةً على القانون السّائد فى هذا المجال.

٣٥- الفرق بين "اتفاقية البيع" و"البيع" فى القانون

البيوع فى التّجارة المعاصرة تُعقد بطريقين:

الطّريق الأوّل: البيوعُ الّتى تُنجَز فى الحال بالإيجاب والقبول شفاهاً، أو كتابةً، وينتقل بها مِلكُ المبيع إلى المشترى فورَ تمام الإيجاب والقبول، ولا يتوقّف ذلك على أمرٍ آخر. وهذا بيعٌ عاديٌّ يجرى عليه جميعُ أحكام البيع. وإنّ هذا الطّريقَ هو المتّبعُ عادةً فى البيوع على القطاعيّ، وفى بيوع الجُملة الّتى لاتحتاج إلى إجراآت طويلة.

الطّريقُ الثّانى: أن يتّفق الطّرفان على البيع، ولكن لايُنجزانه فى الحال، بل يتوقّف إنجازُ البيع على أمورٍ تحدُث فى تاريخ لاحق. وإنّ هذا الطّريق يُحتاج إليه عادةً فى البيوع الّتى تحتاج إمّا فى الحالات الّتى تُشترى فيها كمّيّةٌ كبيرة من السّلع، ويحتاج البائعُ لتوفيرها إلى وقت، وإمّا فى الحالات الّتى تحتاج إلى إجراآت رسميّة، مثل بيع العقارات.

وفى هذا الطّريق الثّانى تُعقد البيوع عادةً على أساس اتّفاقيّةٍ يُوقّع عليها الطّرفان قبل إنجاز البيع. وللوقوف على تكييفها الشّرعيّ، لابدّ من معرفة ما هو الواقع فى القوانين السّائدة.

www.besturdubooks.wordpress.com

والمعروفُ في القوانين السّائدة اليومَ أنّ هُناك فرقاً بين "اتفاقيّة البيع" (Agreement to Sell) وبين "البيع" (Sale). فأمّا اتّفاقيّةُ البيع، فهو مواعدةٌ أو التزامٌ من الطّرفين بإنجاز البيع في تاريخٍ لاحق، أو بعد تحقّق بعض الشّروط، ولاينتقل بها مِلكُ المبيع إلى المشترى. والصّيغةُ الّتى تُستعمل فى الاتّفاقيّة عادةً هيَ ما يأتى: "وافق الطّرفُ الأوّل، البائعُ، أن يبيع، ووافق الطّرفُ الثّاني، المشترى، أن يشتريَ منه كذا فى تاريخ كذا، أو بشروط متّفق عليها فى الاتّفاقيّة."[1]

وأمّا "البيع" فهو عقدُ إنجاز البيع، وبه ينتقل مِلكُ المبيع إلى المشترى. ويُطلَق على مجموعهما مصطلحُ "عقد البيع" (Contract of sale) والطّريقُ المتّبَع أنّه يُوقّع العاقدان اتّفاقيّةَ البيع، ليقعَ البيع فى تاريخٍ لاحق، أو عند وجود شرط. فإذا جاء ذلك التّاريخ، أو وُجد ذلك الشّرط، تمّ البيعُ تلقائيّاً دون حاجةٍ إلى إيجابٍ وقبولٍ جديد. ينُصّ "قانون بيع المال" الإنكليزيّ (Sale of Goods Act 1930) فى مادّة ٤ ما يأتى:

> (1) A contract of sale is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a price.
>
> (2) A contract of sale may be absolute or conditional.
>
> (3) Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer, the contract is called a sale, but where the transfer of the property in the goods is to take place at a future time or subject to some condition thereafter to be fulfilled, the contract is called an agreement to

(١) وإنّه وإن كان فى الأصل التزاماً من الطّرفين لإنشاء بيع يسرى مفعولُه فى المستقبل، ولكن قد تُستعمل الاتّفاقيّةُ لإنجاز البيع فورَ التّوقيع أيضاً. وفى هذه الحالة لافرق بينه وبين البيوع المعقودة بالطّريق الأوّل العاديّ.

www.besturdubooks.wordpress.com

(4) An agreement to sell becomes a sale when the time elapses or the conditions are fulfilled subject to which the property in the goods is to be transferred.

٤- ١"عقدُ البيع عقدٌ يقوم فيه البائعُ بنقل ملكِ البضاعة، أو بالاتّفاق على نَقْلِ مِلكها إلى المشترى مقابلَ الثّمن.

٢- يمكنُ أن يكون عقدُ البيع باتّاً، أو مشروطاً بشرط.

٣- إن انتقل مِلكُ البضاعة من البائع إلى المشترى من خلال عقد البيع، فإنّه يُسمّى "بيعاً". أمّا إذا كان انتقالُ مِلك البضاعة يقع فى وقتٍ لاحق، أو كان موقوفاً على شرطٍ يُوفى لاحقاً، فإنّ العقد يُسمّى "اتفاقيّة البيع".

٤- "اتّفاقيّةُ البيع" تنقلب إلى "البيع" إذا مضى الوقت (أى المحدّد فى الاتّفاقيّة)، أو تحقّق الشّرط الّذى كان انتقالُ الملك موقوفاً عليه."

وقال جوزف جتى فى تفسير هذه المادّة:

"يجب أن يُفرَّق بين "البيع" وبين "اتفاقيّة البيع"، لأنّ "البيع" يشتمل على عقدٍ ونقلٍ (للمِلك). و"اتفاقيّة البيع" فى جانبٍ آخر عقدٌ فقط، وليس شيئاً زائداً على ذلك. وينتُج من ذلك أنّه لو تخلّف أحدُ الطّرفين فى "اتفاقيّة البيع" عمّا وجب عليه بموجب الاتّفاقيّة، فإنّه ليس للطّرف الآخر إلاّ المطالبةُ الشّخصيّة[١](Personal remedy). أمّا إذا أنجزَ البيع، فإنّ المشتريَ له حقوقُ

(١) المراد من المطالبة الشّخصيّة أن يُجبر المتخلف على الوفاء بالاتّفاقيّة، أو على تعويض الضّرر الّذى أصاب الطرف الآخر بسبب تخلفه. فالحقّ الّذى ينشأ عن اتفاقيّة البيع هو "حقٌّ شخصيٌ" =

www.besturdubooks.wordpress.com

المالك فى البضاعة نفسِها، والبائعُ له الحقُّ فى مطالبة الثّمن عن طريق القضاء. وبالتّالى، فإنّ خطَرَ هلاك البضاعة، أو نقصانِه يبقى على المالك عموماً. ولهذا، فإنّ هذا الخطرَ يقع على البائع فى "اتفاقيّة البيع". فإن هلك المبيعُ موضوعُ الاتّفاقيّة قبل إنجاز البيع، بطلت الاتّفاقيّة، ولاشيئ على البائع، كما هو مصرّحٌ فى المادّة ٨ من قانون بيع المال الإنكليزيّ. أمّا إذا تمّ البيعُ، فإنّ المشتريَ هُو الّذى يتحمّل الخطر حسب القواعد العامّة."(١)

٣٦- التكييف الفقهيّ لاتّفاقيّة البيع

وإنّ التّكييف الفقهيّ لهذه المادّة من "قانون بيع المال" حسبَ التّفسير الّذى ذكرناه فيه احتمالان:

الاحتمال الأوّل: أنّه بيعٌ مُضافٌ إلى المستقبل، لأنّ "اتّفاقيّةَ البيع" تنقلبُ بيعاً بصفة تلقائيّةٍ عند التّاريخ المحدّد، أو عند وجود الشّرطِ الموقوفِ عليه نقلُ مِلك المبيع، ولايحتاج إلى إيجابٍ وقبولٍ جديد. فإنّه بيعٌ مضافٌ إلى المستقبل، أو بيعٌ معلّقٌ على شرط. وسيأتى فى هذا الكتاب أنّ البيعَ فى الشّريعة الإسلاميّة لايقبل الإضافةَ ولا التّعليق، فهو بيعٌ باطل. ولو قلنا بأنّ البيعَ وإن وقع باطلاً، ولكنّه يتمّ بطريق التّعاطى عند التّسليم والتّسلّم، فإنّه لايصحّ أيضاً، لما قدّمنا فى مبحث التّعاطى أنّ التّعاطيَ إن كان مبنيّاً على بيعٍ باطل أو فاسدٍ، فإنّه لايجوز بدون متاركة البيع الباطل

(Right in personnem) وليس حقّاً عينيّاً (Right in rem) بمعنى أنّه لايُنشئ حقّاً فى البضاعة المبيعة أوالثّمن. راجع Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Section 4, P.85

(١) Chitty on Contracts v.2 p. 860 para 4407

www.besturdubooks.wordpress.com

والفاسد.

والاحتمالُ الثّانى: أنّ "اتفاقيّةَ البيع" ليس بيعاً مُضافاً أو معلّقاً، بل هو وعدٌ من الجانبين لإنجاز بيع فى المستقبل. وبعبارة أخرى: فإنّ الوعد من الجانبين لا ينشأ به دين على أحدهما، بل هو التزام تبادليّ. ثمّ يتمّ البيعُ عند التّسليم والتّسلّم، إمّا بإيجاب وقبول من جديد، أو بالتّعاطى.

ولكلّ واحدٍ من هذين الاحتمالين مؤيّدات. أمّا الاحتمال الأوّل، فيؤيّده أمورٌ آتية:

١- إنّ "اتّفاقيّةَ البيع" تُسمّى "عقداً" وليس وعداً أو مواعدةً فقط.

٢- قد صرّح القانونُ أنّ "اتّفاقيّةَ البيع" ينقلبُ بيعاً عند وجود الشّرط، ولايحتاج إلى إيجاب وقبولٍ من جديد.

٣- تُعتبر "اتّفاقيّةُ البيع" مُلزِمةً للجانبين، معَ أنّ الأصلَ فى الوعود أنّها لاتكونُ لازمةً فى القضاء.

أمّا الاحتمالُ الثّانى أنّه وعدٌ من الجانبين، فيتأيّد بما يأتى:

١- قد صرّحت المادّة ٥٤ من قانون "انتقال الأملاك" (Transfer of Property Act 1882) بما يأتى:

> "A contract for the sale of immovable property is a contract that a sale of such property shall take place on terms settled between the parties. It does not, of itself, create any interest in or charge on such property."

"إنّ عقد البيع فى مملوك غير منقول عقدٌ بأنّ بيعَ ذلك المملوك سوف يتمّ حسبَ الشّروط المتفق عليها بين الطرفين. وإنّ هذا العقد لايُنشئ بذاته حقّاً

www.besturdubooks.wordpress.com



في ذلك المملوك أو رهناً عليه."

وهذا يدلّ على أنّ "اتفاقية البيع" وإن سُمّيَ "عقدا" ولكنّه لا ينقل ملكاً ولا حقّاً في المبيع، ولا يُسمّى بيعاً. وإنّما هو اتّفاق الطّرفين على إنشاء بيع في المستقبل، كما يدلّ عليه لفظ "سوف يتمّ".

٢- إذا تخلّف أحدُ الطّرفين من إنجاز البيع بعد توقيعه على "اتّفاقيّة البيع"، فالقانونُ يمنحه أحد الحقّين: إمّا أن يُطالبَ الطّرف الآخر بالتّنفيذ العينيّ للبيع (Specific Performance)، وإمّا أن يُطالبه بالتّعويض عن الضّرر الّذي لحقه بسبب تخلّف الآخر (Damages). فمثلاً: اتّفق زيدٌ مع عمروٍ بموجب "اتّفاقيّة البيع" أنّه سينقُل إليه طنّاً من القمح بثمنٍ معيّن في تاريخ ١ من شهر يناير، ويدفعُ عمرو الثّمنَ في ذلك التّاريخ. ولماّ جاء ذلك التّاريخ، وفّر زيدٌ طنّاً من القمح ليُسلّمه إلى عمرو، وطلب منه تسلُّمه ودفعَ ثمنه، ولكنّ عمرواً امتنع من قبول القمح ودفعِ الثّمن، أو عرض عمروٌ الثّمن على زيد، وامتنع زيدٌ من تسليم القمح المبيع، فلو رُفع الأمر إلى القضاء، فإنّ القاضيَ عنده خياران:

الخيارُ الأوّل لحماية الطّرف المتضرّر بتخلّف الآخر: أن يأمر القاضي المتخلّف بدفع التّعويض عن الضّرر الّذي أصاب الطّرف الآخر بسبب تخلّفه. جاء في المادّة ٥٧ من "قانون بيع المال":

> Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may sue the seller for damages for non delivery.

يعني: "إذا قصّر أو أبى البائع بغير حقّ أن يُسلّم البضاعة (موضوع اتفاقيّة

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع) إلى المشترى، فإنّ المشتريَ يحقّ له أن يتقاضى البائعَ فى المحكمة بدفع التّعويض عن عدم التّسليم."

والتّعويضُ عن الضّرر فى القوانين على قسمين: الأوّل: ما يُسمّى: "التّعويض المقدّر" (Liquidated Damages) والمراد منه أنّ العاقدَين يتّفقان فى العقد على مبلغٍ معيّنٍ يدفعه الطّرف المتخلّف إلى الطّرف المتضرّر نظير الإخلال بمقتضيات العقد، أويُعيّن قانونٌ مبلغاً معلوماً للتّعويض.[١] والقسم الثّانى: ما يُسمّى: "التّعويضُ غيرُ المقدّر" (Unliquidated Damages) أو "التّعويض عن الضّررالفعليّ"(Actual Damages) والمراد منه أنّ الطّرف المتخلّف عن إنجاز البيع يتحمّل الضّرر الماليّ الّذى أصابه فعلاً. وقد ذكر فى قانون بيع المال الإنكليزيّ أنّه يُحاسبُ على أساس الفرق بين الثّمن المتّفق عليه وبين القيمة السّوقيّة لذلك المبيع. فإن كان التخلّف من المشترى بحيثُ امتنع عن دفع الثّمن وقبول البضاعة فى التّاريخ المحدّد، وكانت القيمةُ السّوقيّةُ فى ذلك التّاريخ أقلّ من الثّمن المتّفق عليه فى الاتّفاقيّة، فالفرق بينهما هو مقدار الضّرر الفعليّ الّذى أصاب البائع. فيُلزم المشترى بدفع هذا الفرق إلى البائع. وإن كان المتخلّف هو البائع، بأنّه امتنع عن تسليم المبيع فى التّاريخ المحدّد، وكانت القيمةُ السّوقيّةُ للمبيع فى ذلك التّاريخ أكثر من الثّمن المتّفق عليه، فإنّ الفرق بينهما هو الضّرر الفعليّ الّذى أصاب المشترى، فيُلزم البائع بدفع هذا الفرق إلى المشترى.[٢]

---

(١) Chitty: On Contracts, Chapter 26, Para 1556

(٢) The English Sale of Goods Act, Sections 50 &51 as quoted by Pollock & Mulla, Section 56.

www.besturdubooks.wordpress.com

والخيارُ الثّانى لحماية الطّرف المتضرّر بتخلّف الآخر: أن يأمرَه القاضى بإنجاز البيع، ودفعِ الثّمن إن كان المتخلّف مشترياً، وتسليمِ المبيع إن كان بائعاً. ويُسمّى: "التّنفيذ العينيّ Specific Performance "[1] ولاستخدام هذا الخيار الثّانى شروطٌ مدوّنةٌ فى قانون مستقلّ يُسمّى Specific Relief Act وقد ذكر فى المادّة ١٢ من هذا القانون أنّ القاضيَ يلجأ إلى هذا الخيار عموماً إذا تعذّر أو أشكل تعيينُ مبلغ التّعويض. ولذلك ذكر هذا الخيار فى قانون بيع المال بعد المادّة ٥٧ فى مادّة مستقلّة برقم ٥٨ جعلت هذا الخيار تابعاً للقانون المذكور، وذلك أيضاً إذا رأى القاضى ذلك مناسباً. وجاء فى تفسير كلمة "التّنفيذ العينيّ" (Specific Performance) فى معجم قانونيّ:

"The actual accomplishment of a contract by a party bound to fufil it. The doctrine of specific performance is that, where damages would be an inadequate compensation for the breach of an agreement, the contractor or vendor will be compelled to perform specifically what he has agreed to do;" [2]

يعنى: "الإنجاز الفعليّ لعقدٍ من قبل الطّرف المُلزَم بفعل ذلك. ومعنى نظريّة "التّنفيذ العينيّ" (Specific Performance) أنّ فى الحالاتِ الّتى يكون فيها التّعويضُ غيرَ كافٍ لجبر الضّرر الحاصل من التّخلف عن العقد، فإنّ العاقدَ أو البائعَ يُجبر على إنجازٍ فعليّ كان قد وافقَ على فعله."

---

(١) هذه ترجمة عربيّة للاصطلاح الإنكليزي Specific Performance وقد تترجم باصطلاح "تنفيذ كامل لعقد" وأحياناً ب"الوفاء التّعيينيّ بالتّعهّد"

(٢) Black's Law Dictionary, "Performance" p.1024

www.besturdubooks.wordpress.com

فكأنَّ الأصلَ فى حالة التّخلّف هو خيارُ التّعويض، وإنّما يُلجأ إلى إنجاز البيع فى حالاتٍ خاصّة.

وإنَّ مقتضى هذه الأحكام أنَّ "اتّفاقيّة البيع" لم تكن بيعاً، فإنّها إن اعتُبرت بيعاً مضافاً أو معلّقاً، لما كان هناك خيارٌ آخرُ سوى التّسليم والتّسلّم، ولماَ قُدّم التّعويض على الإنجاز الفعليّ.

٣- حينما يذكر القانونُ هذا الخيارَ الثّاني (يعنى التّنفيذ العينيّ)، فإنّه يُطلِق عليه كلمات "نقل المِلك"(conveyance) و"تنفيذ العقد"(Performance of the Contract) و"إكمال البيع" (Completion of the sale) [1] وإنّ كلمة Performance (الّتى ترجمناها بالتنفيذ) عرّفها معجم قانونيّ معروف بما يأتى:

"The fulfillment or accomplishment of a promise, contract, or other obligation according to its terms." [2]

يعنى: "الوفاء أو الإنجاز لوعد، أو لعقد، أو لواجب آخر حسب شروطه."

وهذا يدلّ على أنّ البيعَ كان لم يتمّ بعد، واتّفاقيّةُ البيع كان وعداً من الجانبين. أمّا ما جاء فى المادّة ٤-٤ من "قانون بيع المال" (Sale of Goods Act ١٩٣٠) من أنّ اتّفاقيّةَ البيع تنقلب إلى البيع تلقائيّاً فى الموعد المذكور فى الاتّفاقيّة، فمحمِلُه إذا وقع التّسليمُ والتّسلّم حسبَ شروط الاتفاقيّة، فلا يحتاجُ إلى إيجاب وقبول مستأنف، بل ينعقد البيعُ بالتّسليم والتّسلّم، أو بالتّعاطى، لواستخدمنا المصطلح الفقهيّ. أمّا إذا لم يقع التّسليم أو التّسلّم، فلا تنقلبُ "اتفاقيّةُ البيع" إلى بيعٍ منعقد.

---

(١) أنظر أمثلة المادّة ١٢ من Specific Relief Act 1877

(٢) Black's Law Dictionary, "Performance" p.1024

www.besturdubooks.wordpress.com

وبناءً على هذا، يظهر أنّ "اتّفاقيّة البيع" لاتعدُو من أن تكون مواعدةً من الجانبين لإنشاء بيعٍ فى المستقبل. ومجرّدُ إطلاق كلمة "العقد" على الاتّفاقيّة لايعنى أنّه بيعٌ ناجز، لأنّه فى معنى المواعدة الملزمة على الطّرفين. وقد يُقال إنّ المواعدةَ متى كانت ملزمةً للطّرفين، بحيثُ يُجبر الممتنع على تنفيذِ البيع عن طريق القضاء أو تحمّل التّعويض، فإنّه صار مثلَ العقد المعلّق، فالجواب: أنّ الأمرَ ليس كذلك، لأنّه لوكان عقداً معلّقاً، لَتَمّ العقدُ عند وجود الشّرط الّذى عُلّق عليه العقد، وانتقل به ملكُ المبيع إلى المشترى فورَ وجود الشّرط، ولم يكن هناك خيارٌ للبائع إلاّ تسليمَ المبيع، مع أنّ الحكمَ فى القانون الوضعيّ أنّ الأصلَ فى هذه الصّورة التّعويض، إن لم يفِ البائع بتنفيذ العقد.

وقد وردت مادّتان فى قانون بيع المال (النافذ فى باكستان والهند) المبنيّ على القانون الإنكليزيّ العامّ تتحدّثان عن البيع المعلّق بصفةٍ خاصّة. الأولى: مادّة ٤. ٢ وهى مايلى:

"A contract of sale may be absolute or conditional"

يعنى: "إنّ عقدَ البيع يجوز أن يكون باتّاً أو معلّقا على شرط."

"There may be a contract for the sale of goods the acquisition of which by the seller depends upon a contingency which may or may not happen."(1)

"يمكن أن يكون هناك عقدٌ لبيع بضاعةٍ يتوقّف حصولها للبائع على شرطٍ موهومٍ يحتمل أن يوجد أو لايوجد."

---

(١) Sale of Goods Act 1930 Section 6 (2)

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد صرّح شرّاحُ هذا القانون أنّ هذه المادّة تُجيز عقداً يتّفق فيه الطّرفان أنّ المشتريَ يدفع الثّمن إلى البائع في كلّ حال، سواءٌ وُجد الشّرط أو لم يوجد. وفي تعليل ذلك جاء في القرارات القضائيّة تحت هذه المادّة:

"In view of the plain language of section 4 (2) and 6 (2) of the Act, and the buyer may have to pay in any event, for 'a man may buy the chance of obtaining goods' and 'if a man should be foolish enough to make a purchase of a chance, he must perhaps abide by the consequence of his rashness."[1]

"ولكنّ الموقف الآخر راجحٌ بالنّظر إلى العبارة الصّريحة في المادّة ٤. ٢ و٦. ٢ للقانون، وأنّه يُمكن أن يكونَ المشترى يُلزَم بدفع الثّمن في أيّ حال، لأنّه يجوز أن يكون شخصٌ يشترى مجرّدَ فُرصة للحصول على البضاعة، وأنّه لوكان شخصٌ أحمقَ إلى حدٍّ أن يشتريَ فرصةً فقط، فلعلّه يجب عليه أن يفيَ بعهده بتحمّل نتائج استهتاره."

ويتبيّن ممّا ذكرنا أنّ اتّفاقيّةَ البيع حسب هذا القانون، وإن لم يكن بيعاً معلّقاً في عامّة الأحوال، ولكن يُمكن أن يكون عقداً معلّقاً على شرطٍ، إن اشتُرط على المشترى أنّه سوف يؤدّى الثّمنَ بكلّ حال. وفي هذه الحالة يُمكن أن ينتقل ملكُ المبيع إلى المشترى بمجرّد وجود الشّرط، وكذلك يُمكن أن يَلزمَ المشتريَ الثّمنُ بمجرّد العقد، ولو لم يتسلّم المبيعَ عند فقدان الشّرط الّذى عُلّق عليه البيع.

وكذلك يُمكن أن تكون اتّفاقيّةُ البيع مواعدةً لإنشاء بيعٍ في المستقبل، كما ذكرنا.

---

(١) Pollock & Mulla, Eighth edition p. 98

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى ضوء ما ذكرنا فى الحكم الشّرعيّ فى مبحث الوعد والمواعدة، فإنّ اتّفاقيّة البيع الّذى أنجز حسب القانون فيه نظرٌ من عدّة وجوه:

الأوّل: يُمكن حسب القانون أن يكونَ البيعُ معلّقاً على شرطٍ. وفى هذه الحالة يُمكن حسب القانون الّذى فصّلناه أن ينتقل ملكُ المبيع إلى المشترى بمجرّد وجود الشّرط، وكذلك يُمكنُ أن يَلزمَ المشتريَ الثّمنُ بمجرّد العقد، ولو لم يتسلّم المبيعَ عند فقدان الشّرط الّذى عُلّق عليه البيع. وهذا ممنوعٌ شرعاً. لأنّ العقدَ فى الحالتين معلّقٌ وتعليق البيع على شرطٍ لايجوز، فإنّ الشّرع يُراعى حقّ الجانبين، ولو كان أحدُهما أحمقَ إلى حدٍّ أن يرضى بشراء فرصةٍ فقط، لأنّ ذلك يؤدّى إلى القمار، ولا يبقى بيعاً.

الثّانى: إن كانت الاتّفاقيّةُ مواعدةً لإنجاز البيع فى تاريخ لاحق، أو عند وجود بعض الشّروط، فإنّ هذه المواعدةَ مُلزمةٌ للطّرفين. وقد ذكرنا أنّ الأصل فى الوعد أنّه ليس مُلزماً فى القضاء. ولكن يجوز جعلُه مُلزماً عند حاجةٍ تجاريّةٍ حقيقيّة. فإن دعت الحاجةُ إلى ذلك فى الحالات الّتى ذكرناها فى مبحث الوعد، جاز.

الثّالث: البيعُ ينعقد حسب القانون تلقائيّاً فى ذلك التّاريخ، أو عند وجود الشّرط الّذى اتّفق عليه فى الاتّفاقيّة، ولا يحتاج إلى إيجاب وقبول. ولا يجوز ذلك شرعاً، بل يجبُ أن يكون هناك إيجابٌ وقبولٌ من جديد، أو ما يقوم مقامَهما من التّعاطى.

الرّابع: أنّه لو تخلّف أحد الطّرفين عن التزامه فى الاتّفاقيّة، فإنّ القانون يفرضُ عليه تعويضاً للجانب المتضرّر. فإن كان هذا "تعويضاً مقدّرا" (Liquidated Damages) بمعنى أنّ الطّرفين اتّفقا على مبلغه عند التّوقيع على الاتّفاقيّة، فإنّه لايجوز شرعاً، لأنّه

www.besturdubooks.wordpress.com

لايُعرف عند الاتّفاقيّة مقدارُ الضّرر الّذى يُصيبُ الطّرف الآخر بسبب التّخلّف. وأمّا إن كان "تعويضاً عن الضّرر الفعليّ" (Unliquidated Damages) فإنّ ما يفرضه القانونُ هو الفرق بين الثّمن المتّفق عليه فى الاتّفاقيّة وبين سعر السّوق فى جميع الأحوال، سواءٌ أخسِر به الطّرف الآخر بذلك المقدار أم لا. فلو التزم زيدٌ فى الاتّفاقيّة ببيع طنّ من القمح بألف دولار إلى عمرو. وتخلّف عمروٌ المشترى يوم إنجاز البيع عن أداء الثّمن وتسلّم القمح، وصار سعرُ القمح تسعمائة دولار، فإنّ القانون يفرضُ على عمرو أن يدفع إلى زيد مائةَ دولار فى كلّ حال على كونه مقدارَ الضّرر الفعليّ، بفرض أنّه سيبيعه فى السّوق بتسعمائة، فيخسَر مائة.

ولكن يُمكن أن يكون زيدٌ لم يخسَر فعلاً، بأن كان اشتراه بثمانمائة، فباعه فى السّوق بتسعمائة، فربِح مائةً، أو بأن وجد مشترياً اشتراه بألف، أو بأن ازدادت قيمتُه إلى ألف فى اليوم الآتى بعد التّاريخ المحدّد. والّذى أجازه العلماءُ المعاصرون عند الحاجة فى جعل الوعد ملزماً أن يتحمّل الخسارة الفعليّة الّتى أصاب الطّرفَ الآخر بسبب التّخلّف، وهو أن يضطرّ إلى البيع فى السّوق بسعرٍ أقلّ من تكلفته، بأن يذهب إلى السّوق ويبيع القمح، فيخسَر فيه، بمعنى أنّه كان اشتراه بتسعمائة، ولم يجد مَن يشتريه إلاّ بثمانمائة، فخسِر مائة.

ولذلك صرّحوا بأنّه لا عبرةَ عند تحديد التّعويض بما يُسمّى "الفرصة الضّائعة" (Opportunity Cost) والمراد من اعتبار الفُرصة الضّائعة أنّ المتخلّفَ فوّت عليه فرصةَ الاسترباح، فيجبُ عليه أن يدفع إليه الرّبحَ الّذى كان يتوقّعه بتنفيذ الوعد. ومعنى عدم اعتبار "الفرصة الضّائعة" أنّه لايجوز أن يُطالِبَ المتخلّفَ بالتّعويض إن حصل على تكلفته ببيع بضاعته فى السُّوق فعلاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

فإن استُخدمت اتّفاقيّةُ البيع حسب القانون السّائد، فلا بدّ من مراعاة هذه الأمور. وهيَ تتلخّص فيما يلى:

١- يجوز أن تكون الاتّفاقيّةُ البيعَ بنقل الملك فوراً.

٢- يجوز أن تكون الاتّفاقيّةُ مواعدةً لإنجاز البيع فى مستقبل.

٣- إن كان مواعدةً، فلابدّ من أن يُعقَد البيعُ فى المستقبل بإيجاب وقبول من جديد، أو بما يقوم مقامهما من التّعاطى، ولاينعقد البيعُ تلقائيّاً فى التّاريخ المحدّد فى الاتّفاقيّة.

٤- لايجوز أن يُحمّل المتخلّف عن الوعد تعويضاً إلاّ بمقدار الخسارة الفعليّة الّتى أصيب به الطّرفُ الآخر مثل أن يضطرّ البائعُ إلى بيع المبيع بأقلَّ من سعر تكلفته. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٣٧-العربون وأحكامه

الْعَرَبُونُ والعُرْبان: بيعٌ فسّره ابن منظور بقوله: "هو أن يشتريَ السّلعة ويدفعَ إلى صاحبها شيئاً على أنّه إن أمضى البيع حُسِب من الثّمن، وإن لم يُمضِ البيع ،كان لصاحب السّلعة، ولم يرتجِعه المشترى"[1]. وهو مصدرٌ لعقدٍ مثل هذا البيع، وقد يُطلق "العربون" على المبلغ المدفوع إلى البائع تسميةً للمفعول باسم المصدر.

وقال ابن قدامة: "والعربون فى البيع: هو أن يشتريَ السّلعة، فيدفع إلى البائع

---

(١) لسان العرب ١:٥٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com

درهماً أو غيرَه على أنّه إن أخذ السّلعة، احتُسب به من الثّمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع."[1]

ويتبيّن من تعريف "بيع العربون" أنّه بيعٌ يثبت فيه الخيارُ للمشترى، فإذا أمضى البيع، اعتُبر مبلغُ العربون جزءاً من الثّمن، وإن ردّ البيعَ، كان مبلغُ العربون للمالك. فهو نوعٌ من خيار الشّرط للمشترى يقابلُه شيئٌ من المال فى حالة ردّ البيع فقط. أمّا البائع، فلا خيارَ له. والقائلون بجواز هذا البيع لم يحدّدوا الخيارَ بزمن، فالظاهرُ أنّ تحديده بيد المتبايعين.

واختلف الفقهاء فى جواز العربون. فقال الحنفيّة والمالكيّة والشّافعية وأبو الخطّاب من الحنابلة: إنّه غير جائز. ورُويَ المنعُ عن ابن عباس رضى الله عنهما والحسن البصريَ رحمه الله تعالى.[2] وقال الإمام أحمد: إنّه جائز. ورُوى الجواز عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما، وجماعةٍ من التّابعين، منهم مجاهد وابن سيرين و نافع بن عبد الحارث وزيد بن أسلم، رحمهم الله تعالى جميعا.

احتجَ المانعون بما أخرجه مالك في موطأه عن الثّقة عنده، عن عمروبن شعيب، عن أبيه، عن جدّه: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع العُربان.[3] وبأنّ هذا

---

(١) المغنى لابن قدامه ٤:٢٨٩

(٢) المصدر السابق وراجع أيضا حاشية الدسوقى ٣:٦٣ والزرقانى على مختصر خليل ٣:٨٣ لمذهب المالكية، والمجموع شرح المذهب ٩:٢٦٨ لمذهب الشافعية

(٣) أخرجه مالك في أول البيوع من الموطأ، وأخرجه أبوداود من طريقه بلاغا في البيوع، باب في العربان، رقم٣٣٥٩ من تلخيص المنذري مع معالم السنن٥: ١٤٢،وابن ماجه في التجارات رقم٢١٩٢، والبيهقي في سننه٥: ٣٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com



من بيوعٍ فيه غرر، لأنّ المشتريَ يضيع له مبلغُ العربون دون مقابل إذا لم ينفّذ البيع.

واحتجّ القائلون بالجواز بما أخرجه عبدالرزاق في مصنّفه عن زيدبن أسلم: أنّه سُئل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن العُربان في البيع، فأحلّه.[1]

وذكر ابن قدامة أنّ الإمام أحمد بن حنبل استدلّ فيه بما رُوي عن نافع بن عبدالحارث أنّه اشترى لعمررضي الله عنه داراً للسّجن من صفوان بن أميّة، فإن رضِيَ عمر، وإلاّ فله كذا وكذا. قال الأثرم: قلت لأحمد: هل تذهب إ ليه؟ قال: أيَّ شيء أقول؟ هذا عمر رضى الله عنه! وضعّف الحديثَ المرويّ (يعني في النّهي عن العربان) روى هذه القصّةَ الأثرمُ بإسناده.[2]

أمّا حديثُ النّهي، فقد ضعّفه الإمام أحمد رحمه الله تعالى، لأنّ مالكاً رحمه الله لم يسمّ شيخه، وقد اختلفت الرّوايات في تعيينه، فرواه البيهقيّ من طريق حبيب بن أبي حبيب عن مالك قال: حدّثني عبدالله بن عامر الأسلميّ عن عمرو بن شعيب.[3] ومُفاد هذه الرّواية أنّ مالكاً سمعه من عبد الله بن عامر الأسلميّ، وهو ضعيف ضعّفه أكثر المحدثين.[4] وأخرجه ابن ماجه من طريق حبيب بن أبي حبيب عن عبدالله بن عامر الأسلميّ بدون واسطة الإمام مالك. وحبيب متروك كذّبوه، كما ذكر ابن عبدالبرّ في الإستذكار، ورجّح أن أستاذ مالك في هذا الحديث عبدالله بن لهيعة،[5]

---

(١) إعلاء السنن ١٤: ١٧٤

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٩

(٣) سنن البيهقي ٥: ٣٤٢

(٤) راجع تهذيب التهذيب ٥: ٢٧٥و٢٧٦

(٥) أوجز المسالك ١١: ٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com



وهو معروفٌ بضعفه.

أمّا حديث زيدبن أسلم الّذي يدلّ على الجواز، فإنّه ضعيفٌ أيضاً، لأنّ مداره على إبراهيم ابن أبي يحيى، وهو ضعيفٌ عند أكثر المحدثين، إلاّ أنّ الشافعيّ رحمه الله تعالى وثّقه وأكثر عنه.[1]

أمّا قصّة نافع بن عبد الحارث، فقد ذكرها البخاريّ تعليقاً[2]، قال: "واشترى نافع بن عبد الحارث داراً للسّجن بمكّة من صفوان بن أميّة على أنّ عُمر إن رضِي فالبيع بيعُه، وإن لم يرضَ عمر فلصفوان أربعمائة دينار." ووصله عبد الرزّاق من طريق الثّوريّ ولفظه: "عن نافع بن عبد الحارث: اشترى من صفوان بن أميّة داراً لسجنٍ بثلاثة آلاف، فإنْ عمرُ رضيَ فالبيعُ بيعُه، وإنْ عمرُ لم يرضَ بالبيع، فلصفوان أربعمائة درهم، فأخذها عمر." وأخرجه من طريق ابن جريج، فذكر الثّمن أربعة آلاف دينار.[3] وأخرجه البيهقيّ ولفظه: "اشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية دار صفوان بن أميّة بأربعمائةٍ داراً لسجن عمر بن الخطاب إن رضيها، وإن كرهها أعطى صفوانَ بن أميّة أربع مائة. قال ابن عيينة: فهو سِجن الناس اليوم بمكّة."[4]

وأجاب المانعون عن هذه القصّة بطرق مختلفة. فقال ابن المنيّر رحمه الله تعالى:

"إنّ الأربعمائة دينار الّتي اشترطها نافع لصفوان كانت ثمناً للبيع، ولم تكن

---

(١) تهذيب التهذيب ١: ١٦١ وميزان الاعتدال ١: ٥٨

(٢) كتاب الاستقراض، باب الربط والحبس في الحرم

(٣) مصنف عبدالرزاق كتاب الحج، باب الكراء في الحرم ٥: ١٤٨ رقم الحديث ٩٢١٣

(٤) السنن الكبري للبيهقي، كتاب البيوع، باب ماجاء في بيع دور مكة، ٦: ٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com



عربونا. والمقصود أنّ العُهدة فى ثمن البيع على المشترى، وإن ذكر أنّه يشترى لغيره،لأنّه هو المباشر للعقد، فالمقصودُ أنّ نافعاً اشتراه لعمر رضى الله عنه، فإن رضيَ فالبيعُ له، وإن لم يرضَ، فالبيع لنافع نفسه."

وهذا الجواب يجرى على أساس تعليق البخاريّ رحمه الله تعالى، فإنّه لم يذكر الثّمن، وإنّما ذكر أنّ لصفوان أربع مائة دينار، وعلى أساس رواية البيهقيّ المذكورة آنفاً، حيثُ ذُكر أربع مائة فى الموضعين. وأمّا ما رواه ابن حزم بلفظ: "اشترى داراً لسجن من صفوان بن أمية بأ ربعة آلاف، فإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مائة"[1] فأوّله المانعون بأنّ الثّمن كان أربعة آلاف درهم، وهي تساوى أربع مائة دينار اشتُرطت على نافع.

وأجاب الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى عن هذه القصّة بأنّ أربع مائة دينار كانت عوضاً عن انتفاع نافع بتلك الدّار إلى أن يأتيَ الجوابُ من عمر رضى الله عنه. وهذا التّوجيه ضعيف، فإنّه يبعُد أن تكون أربعُ مائة دينار مقابلَ الانتفاع فى تلك المدّة القليلة الّتى يأتى خلالهَا الجواب من عمر رضى الله عنه.

والحقّ أنّ قصّة نافع بن عبدالحارث قد وقع فيها اختلافٌ فاحش فيما بين الرُّواة فى تعيين الثّمن وماشتُرط لصفوان، كما هو واضحٌ من الرّوايات الّتي ذكرناها. وكذلك تتطرّق إليها احتمالات متعدّدة. ويبدو أنّ الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى بلغته القصّةُ بما لايحتمل إلاّ أن تُعتبر أربع مائة عربوناً، أوأنّه رجّح تلك الرّوايات على غيرها. ولذلك قال: "أيّ شيء أقول؟ هذا عمر رضى الله عنه!"

---

(١) المحلي لابن حزم ٨: ١٧١

www.besturdubooks.wordpress.com



وبالجملة، فالمسئلة مجتهَدٌ فيها، وبما أنّ أغلبيّة الفقهاء على منع العربون، وقصّة نافع فيها احتمالاتٌ متعدّدة، فالقول بالمنع هوالأحوط. ولكنّ اختلافَ الفقهاء يُورث تخفيفاً عند الحاجة إلى مثل هذا التّعامل، ولاسيّما إن صدر بذلك قانونٌ من وليّ الأمر، فإنّ حُكمَ الحاكم رافعٌ للخلاف، والله سبحانه أعلم. وقد أخذ مجمع الفقه الإسلاميّ برأي الإمام أحمد رحمه الله في قراره رقم: ٧٦/ ٣/ د٨ في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري باجوان، بروناي دار السلام، ونصّه مايلي:

١" – المراد ببيع العربون بيعُ السّلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع، على أنّه إن أخذ السّلعة احتُسب المبلغ من الثّمن وإن تركها فالمبلغ للبائع.

٢– ويجرى مجرى البيع الإجارةُ، لأنّها بيعُ المنافع. ويُستثنى من البيوع كلّ ما يشترط لصحّته قبضُ أحد البدلين في مجلس العقد (السّلم) أوقبض البدلين (مبادلة الأموال الربويّة والصّرف) ولا يجرى فى المرابحة للآمر بالشراء فى مرحلة المواعدة، ولكن يجرى فى مرحلة البيع التّالية للمواعدة.

٣– يجوز بيعُ العربون إذا قُيّدت فترةُ الانتظار بزمنٍ محدود. ويُحتسب العربون جزءاً من الثّمن إذا تمّ الشّراء، ويكون من حقّ البائع إذا عدل المشترى عن الشّراء."[(١)]

أمّا جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة الّذين لايجوّزون بيع العربون،

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العددالثامن، المجلد الأول، ص ٧٩١

www.besturdubooks.wordpress.com



فإنّ مبلغ العربون عندهم جزءٌ من الثّمن فى جميع الأحوال مع خيار الشّرط للمشترى. فإن نفّذ المشترى البيعَ، وجب عليه ما بقيَ من الثّمن. وإن فَسخ البيعَ بممارسة الخيار، وجب على البائع أن يردَّ إليه مبلغَ العربون.

٣٨-هامش الجدية

ويجب التّفريقُ ههنا بين العربون، وما يُسمّى فى عُرفنا المعاصر "هامشَ الجدية"(Earnest Money) فإنّ أحكام العربون إنّما تتأتى في البيع المعقود المنجّز. فالبيعُ فى العربون تامّ، غيرَ أنّ المشتريَ اشترط الخيارَ لنفسه. أمّا إذا لم يكن البيعُ معقوداً، والمتبايعان فى مرحلة الوعد فقط، فلا يجرى فيه أحكام العربون، حتىّ عند الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

وقد جرت العادةُ فى بعضِ المعاملات اليوم أنّ أحد طرفي العقد يطالبُ الآخرَ بدفع بعض المال عند الوعد بالبيع قبل إنجاز العقد، وذلك للتّأكّد من جدّيّته في التّعامل. وهذا كما يشترطُ طالبُ العُروض فى المناقصات (Tenders) أن يقدّم صاحبُ العَرض مبلغاً يُثبت جدّيّته في التّعامل؛ وكما جرت العادةُ فى بعض البلاد أنّ المشتريَ يقدّم مَبلغاً من الثّمن إلى البائع قبل إنجاز البيع، وذلك لتأكيد وعده بالشّراء. ويُسمّى فى العرف "هامش الجدّية"، أو "ضمان الجدّيّة" (وإن لم يكن ضماناً بالمعنى الفقهيّ) فهذه الدُّفعات ليست عربوناً، وإنّما هى أمانةٌ بيد البائع، تجرى عليه أحكامُ الأمانات. ولا يجوز لآخذها أن يتموّلها لنفسه، ولايجوز استثمارُها إلاّ بإذن مالكها، بشرط أن يكونَ الرّبحُ له، وكذلك يجب ردُّ هذا المبلغ إليه إن لم يتمَّ إنجازُ العقد معه. فلا يجوز للآخذ أن يُمسكها فى هذه الحالة، حتّى فى

www.besturdubooks.wordpress.com

مذهب الإمام أحمد الّذى يجوّز أن يُمسك البائعُ مبلغَ العربون إن لم ينفّذ المشترى البيع. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فأمّا إن دفع إليه قبل البيع درهماً، وقال: لاتبع هذه السّلعة لغيرى، وإن لم أشترها منك، فهذا الدّرهم لك، ثمّ اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ، وحَسَب الدّرهم من الثّمن، صحّ، لأنّ البيع خلا عن الشّرط المفسد...وإن لم يشتر السّلعة فى هذه الصّورة، لم يستحقّ البائع الدّرهم، لأنّه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرّجوعُ فيه، ولايصحّ جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله، لأنّه لوكان عوضاً عن ذلك، لما جاز جعله من الثّمن فى حال الشّراء، ولأنّ الانتظاربالبيع لاتجوز المعاوضة عنه."[١]

وقرّر المجلس الشرعي للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة فى هذاالموضوع مايلي:

"ولا يُعتبر هامشُ الجدّيّة عربوناً.وهذاالمبلغ المقدّم لضمان الجدّية إمّا أن يكون أمانةً للحفظ لدى المؤسّسة، فلا يجوز لهاالتّصرف فيه، أو أن يكون أمانةً للاستثمار بأن يأذن العميلُ للمؤسّسة باستثماره على أساس المضاربة الشّرعيّة بين العميل والمؤسّسة.

لا يجوز للمؤسّسة حَجْزُ مبلغ هامش الجدّيّة فى حالة نُكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم. وينحصر حقّها فى اقتطاع مقدار الضّرر الفعليّ المتحقّق نتيجةَ النّكول، وهو الفرقُ بين تكلفة السّلعة وثمن بيعها لغير الآمر بالشراء، ولا يشمل

---

(١) المغنى لابن قدامة ، مبحث العربون ٤: ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com



التّعويض مايسمّى ب‍الفرصة الضّائعة."[١]

وقد ذكرنا فيما سبق بتفصيل أنّ القوانينَ الوضعيّةَ تُفرّق بين "اتّفاقيّة البيع" (Agreement to Sell) و"البيع" (Sale) بأنَ "اتّفاقيّة البيع" مواعدةٌ من الطّرفين لإنجاز البيع فى وقتٍ لاحق، ولا ينقُل مِلكَ المبيع إلى المشترى، و"البيعُ" عقدٌ ينتقلُ به مِلكُ المبيع إلى المشترى فوراً. وإن كانت اتّفاقيّةُ البيع تنقُلُ العقدَ إلى "البيع" عند حُلول التّاريخ المحدَّد فيها بصفةٍ تلقائيّة، دون حاجةٍ إلى إنشاء إيجابٍ وقبولٍ من جديد، ولكنّ البيعَ غيرُ ناجز قبل حُلول ذلك التّاريخ. وقد جرى العملُ على أنّ البائع ربّما يُطالِبُ المشتريَ بدفع مبلغٍ إلى البائع، ويحِقّ للبائع إن لم يُنفّذ المشترى البيعَ فى التّاريخ المحدَّد، أن يُمسِكَ هذا المبلغ، ولا يردّه إلى المشترى. وإنّ هذا المبلغَ قد يُسمّى "هامش الجدّيّة" (Earnest Money) وقد يُسمّى "الجزء المقدّم من الثّمن" أو "الأداء الجزئي" (Down Payment or part payment) أو "الضّمان" (deposit)[٢] والّذى يظهر من تعريف هذه الاصطلاحات فى القانون أنّ هامشَ الجدّيّة ما يُدفع من المشترى فى مرحلة المواعدة قبل إنجاز البيع، و"الجزء المقدّم من الثّمن" أو "الأداء الجزئي" ما يُدفع بعد إنجاز البيع. وإن كان كلٌّ منهما

---

(١) المعايير الشرعية، معيار المرابحة للآمر بالشراء بند ٣/٥/٢ و ٤/٥/٢ والمراد من الفرصة الضائعة (opportunity cost)، أنّ صاحب المال إن كان استثمره خلال مدّة الإخفاق، فإنّه كان يرجو أن يحصل على ربح معيّن، وهذه الفرصة قد ضاعت عليه بسبب تخلف الواعد عن وعده، فلو حمّل الموعود له الواعد هذا الربح المتوقع، فإنه يعتبر ضمانا للفرصة الضائعة، وذلك لايجوز فى الشريعة.

(٢) راجع Pollock And Mulla, On Sale Of Goods Act, 1930, Section 5, P. 94- 96

www.besturdubooks.wordpress.com

يُستعمل فى معنى الآخر فى الإطلاقات العامّة.[1] و لكن يقضى القانونُ فى جميع الحالات أنّ المشتريَ إن لم يُنفّذ البيع، فإنّه يحقّ للبائع أن يُصادرَ المبلغ المد فوعَ ولا يرُدّه إليه.

أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فلا بُدَّ من الفرق بين حالتين: الحالةُ الأولى: أن يُدفَع المبلغُ مع إنجاز البيع أو بعده، ويُعتبرَ جزءً من الثّمن عند تنفيذه، ولو سُمّيَ باسم "هامش الجدّيّة"، فحُكمُه من النّاحية الفقهيّة حكمُ العربون، حيثُ يجوز عند الإمام أحمد رحمه الله تعالى أن يُصادرَ البائعُ هذا الجزء إن تخلّف المشترى عن تنفيذ البيع، ولا يجوز ذلك عند غيره.

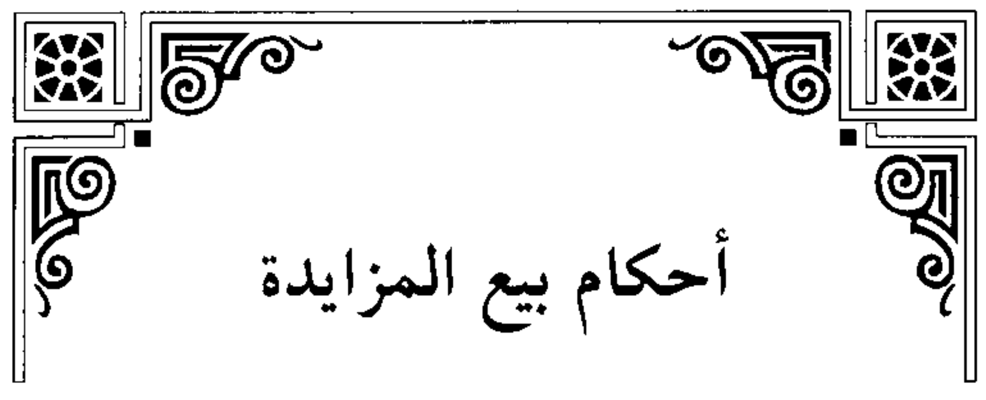
والحالةُ الثّانية: أن يُدفعَ المبلغُ فى مرحلة المواعدة قبل إنجاز البيع، سواءٌ سُمّيَ "عربوناً" أو "الجزء المقدّم من الثّمن"، فإنّه ليس عربوناً، وإنّما حُكمُه مَا ذكرناه فى حُكم هامش الجدّيّة من أنّه لا يجوز عند أحد من الفقهاء الأربعة، بما فيهم الإمام أحمد رحِمه الله تعالى، أن يُصادرَه البائع، وإن لم ينفَّذ العقدُ من قِبل المشترى.

وعلى هذا، لو وقَع العاقدان على "اتّفاقيّة البيع" ولم يتمّ "البيع" بأن يكونَ إنجازُه موعوداً فى وقت لاحق، أو عند توافر شرطٍ من الشّروط، فإنّ ما يدفعُه المشترى إلى البائع حكمُه ما ذكرنا فى حكم هامش الجدّيّة ويجب ردّه إلى المشترى إن لم يُنفّذ العقد لسبب من الأسباب.

---

(۱) Black's Law Dictionary, "Down Payment" and "Earnest Money"

www.besturdubooks.wordpress.com



أحكام بيع المزايدة

٣٩- بيع المزايدة

(Auction)

ومن الطُرق الشائعة لعقد البيع ما يُسمّى "بيع المزايدة" أو "بيع من يزيد" أو "المزاد" ويُسمّى بالإنكليزيّة Auction وبالأرديّة "نيلام". وقدعرّفه ابن جُزيّ بقوله: "أن يُناديَ على السّلعة، ويزيدَ النّاسُ فيها بعضُهم على بعض، حتّى تقفَ على آخر زائدٍ فيها، فيأخذها."(١) وقد تُسمّى المزايدة "بيع الدلالة" و "بيع المناداة" وسمّاه بعض الفقهاء "بيع الفقراء" لوقوعه على بيع أثاثهم عند الحاجة، و"بيع من كسدت بضاعته" لوقوعه على بيع السّلع غير الرّائجة.(٢)

وإنّ لبيع المزايدة مصطلحات: فطرْحُ البائع أو وكيله شيئاً للمزايدة يُسمّى "نداءً" أو "صياحاً" والثّمن الّذى يُبدى أحدُ المشاركين استعداده للشّراء به، يُسمّى "عطاءً" أو "عرضاً"، وقبول عطاء من البائع يُسمّى "رُسوّاً".

---

(١) القوانين الفقهيّة لابن جزيّ، الباب الثامن ص ٤١٥

(٢) الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، تحت مادّة "المزايدة" ٣٧: ٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com

المزايدة تُعقد عموماً بالنّداء، وعروض العطاء تُقدّم شفاهاً. وهذا الطّريق متّبعٌ حتّى الآن فى الأسواق. وقد تُعقد المزايدةُ كتابةً. وطريقُها أنّ الجهة البائعة تُعلِن نوعَ المبيعات المعَدّة للمزايدة مع مواصفاتها، وتعيين مكان وجودها، والأوقاتِ الّتى تُعقد فيها المزايدة، وتطلُب من الرّاغبين فى الشّراء أن يُقدّموا عُروضَهم مكتوبة. فتُقدَّم العروض كتابةً فى ظرفٍ مختوم، ويُحتفظ بذلك إلى اليوم المعلَن عنه لفتحها، فيفوز بالسّلعة مَن كان عرضُه أوفرَ قيمة. وهى طريقةٌ قد تأخذ بها الدّوائرُ الحكوميّة أو الشّركات فى بيع الأشياء المستعملة، كالسيّارات والأثاث.

ورُويَ عن إبراهيم النّخعيّ رحمه الله تعالى كراهةُ هذا البيع، لأنّ مَن عرضَ على البائع ثمناً فإنّه يستامه على بيعها، فلو زاد أحدٌ فى عَرْض ثمنه، فإنّه يستلزم السّومَ على سوم أخيه، وهو ممنوعٌ بنصّ الحديث. ورُويَ عن الأوزاعيّ، وإسحاق بن راهويه، والحسن البصريّ، ومحمّد بن سيرين أنّه يجوز فى الغنائم والمواريث فقط، ولايجوز فى غيرها. واستدلّوا بحديثٍ مرويّ عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما قال:

"نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يبيع أحدُكم على بيع أحدٍ حتّى يَذَر، إلاّ الغنائم والمواريث."[1]

وجمهور الفقهاء، من الأئمّة الأربعة وغيرهم، على جواز هذا البيع، واستدلّوا فى ذلك بما رُويَ عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه

(١) أخرجه ابن خزيمة وابن الجارود والدّارقطنيّ وفى إسناده الواقديّ أو ابن لهيعة، كمانبّه عليه العينيّ فى عمدة القارى ٤: ٤٩٨ وأخرجه أيضاً أحمد والطّبرانيّ فى الأوسط، وفيه أيضا ابن لهيعة كما فى مجمع الزّوائد ٤: ٨٤ ولكن تابعه عمربن مالك عند ابن الجارود فى المتقى برقم ٥٧٠.

www.besturdubooks.wordpress.com



وسلّم باع حِلساً وقَدَحاً، وقال: "من يشترى هذا الحِلْس والقدح؟ فقال رجل: أخذتُهما بدرهم. فقال: مَن يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين، فباعهما منه"(1)

أمّا النّهي عن السّوم على سوم أخيه، فمَحْمِله عند الجمهور بعد استقرار الثّمن، وركونِ كلٍّ واحدٍ منهما إلى الآخر، كما سيأتى تفصيله فى باب البيع المكروه إن شاء الله تعالى. ولايُسام فى المزايدة إلاّ قبل استقرار الثّمن وقبل ركون البائع إلى

(1) أخرجه أصحاب السّنن الأربعة، وهذا لفظ التّرمذي برقم ١٢١٨ وقال: "حسن". وقد رواه أبو داود فى قصّة طويلة نرى من المناسب إيرادها هنا لما اشتملت عليه من فوائد.: "أنّ رجلاً من الأنصار أتى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم يسأله، فقال: "أما في بيتك شيء؟" قال: بلى، حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه من الماء، قال: "ائتني بهما"، قال: فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بيده، وقال: "من يشتري هذين؟" قال رجل: أنا، آخذهما بدرهم، قال: "من يزيد على درهم مرتين، أو ثلاثا"، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين. فأعطاهما إياه، وأخذ الدرهمين وأعطاهما الأنصاريّ، وقال: "اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر قدوما فأتني به،"، فأتاه به، فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عُوداً بيده، ثم قال له: "اذهب فاحتطب وبع، ولا أرينك خمسة عشر يوما"، فذهب الرجل يحتطب ويبيع، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم، فاشترى ببعضها ثوبا، وببعضها طعاما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة. إن المسألة لا تصلح إلا لثلاثة: لذي فقر مدقع، أو لذي غرم مفظع، أو لذي دم موجع."(سنن أبى داود كتاب الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة، رقم ١٦٤١) وقال الحافظ المنذريّ تحت هذا الحديث: "وأخرجه الترمذيّ والنسائيّ وابن ماجه، وقال الترمذيّ: هذا حديث حسن، لا نعرفه إلّا من حديث الأخضر بن عجلان. هذا آخر كلامه. والأخضر بن عجلان: قال يحيى بن معين: صالح، وقال أبو حاتم الرّازيّ: يكتب حديثُه." (مختصر سنن أبى داود، ٢: ٢٤٠) وأخرجه المقدسي فى المختارة (٦: ٢٤٧، رقم ٢٢٦٥) وأحمد بن منيع فى مسنده (ليراجع إتحاف الخيرة المهرة: ٣: ٤٥ رقم ٢١٤٤/ ٤) بسياق أطول من هذا.

www.besturdubooks.wordpress.com

المشترى، بل قول البائع: "من يزيد؟" يدلّ على أنّه غير راضٍ بهذا الثّمن، إلاّ إذا لم يظهر مَن يزيد فيه، فافترقا.

وممّا يدلّ على جواز المزايدة أحاديثُ تحريم النّجْش، وهو أن يزيد الرجل فى الثّمن، لا لأجل الشّراء، بل ليرغبَ فيه آخرون، كما سيأتى فى باب البيع المكروه، ولايكون عموماً إلاّ فى المزايدة. فظهر أنّ الممنوع فى النجْش هو السّومُ الّذى قُصِد به أن يغترّ به غيرُه. فأمّا من لم يقصد أن يغُرَّ غيرَه وأراد الشّراء، فلا بأس بذلك.

٤٠-الإيجاب والقبول فى المزايدة

إذا نادى البائعُ أو وكيلُه على السّلعة على أساس المزايدة، وجعل الحاضرون يُقدّمون عُروضهم، فإنّ البيعَ لايتِمّ إلاّ بموافقة البائع. وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء، وإن كان هناك خلافٌ فى الاصطلاح، حيثُ إنّ ما يصدُر من كلّ من الحاضرين بقصد الشّراء هو إيجابٌ عند الحنفيّة، وموافقةُ البائع قبول. أمّا على اصطلاح المذاهب الثّلاثة الأخرى، فموافقةُ البائع إيجابٌ متأخّر، وما صدر من المشترى، فهو قبولٌ متقدّم. وهذا اختلاف الاصطلاح فقط، كما فصّلناه عند تعريف الإيجاب والقبول. ولكنّ المذاهب كلّها متّفقةٌ على أنّ البيعَ لا ينعقد بمجرّد طرْح المبيع فى المزايدة، بل يجب أن يكون هناك موافقةٌ من البائع على أحد العروض.

٤١-هل يلزم البائعَ أن يقبل العطاء الأكثر؟

والظّاهر ممّا ذكره الفقهاء من أنّ تقديمَ العطاء إيجابٌ يحتاج إلى قبول البائع، وأنّ البائعَ لايلزمه أن يقبلَ أزيدَ عطاء قُدّم إليه، بل يحقّ له أن يرفُض جميعَ الأعطية، ويُمسكَ عن النّداء إذا ظهر له أنّه لم يتقدّم أحدٌ بعطاءٍ يُلائمه.

www.besturdubooks.wordpress.com

وهل يجوز للبائع أن يقبل عطاءً أقلّ بعد ما تقدّم آخرُ بعطاء أكثر؟ قد صرّح المالكيّة بجوازه له. فقال ابن رشد رحمه الله تعالى: "وهو مخيّرٌ في أن يُمضِيها لمن شاء ممّن أعطى فيها ثمناً وإن كان غيرُه قد زاد عليه."[(١)]

ولم أجد فيه صراحةً عند الحنفيّة، ولكنّ الظّاهر أنّه يَسعه ذلك، لأنّ كلّ عطاء إيجابٌ مستقلٌّ عند الحنفيّة، وللبائع أن يقبل منها ما شاء. ولكن ذكر الحنفيّة أنّ البائعَ إن كفّ عن النّداء بعد ما تقدّم أحدٌ بعطاء، وركَن إليه، فلا يجوز لآخرَ أن يزيد على ثمنه، فإنّه بعد ركون البائع يدخُل في النّهي عن السّوم على سوم أخيه. ولو كان المنادي دلّالاً للبائع، وطلبها إنسانٌ بثمن، فقال الدّلّال: "حتّى أسأل المالك" فلابأس للغير أن يزيدَ بعد ذلك في هذه الحالة. فإن أخبر الدّلّالُ المالك، فقال: بعْه بذلك، واقبض الثّمن، فليس لأحدٍ أن يزيد بعد ذلك. وهذا استيامٌ على سوم الغير.[(٢)]

وهذه المسئلة تدلّ على أنّ للبائع عند الحنفيّة أن يقبل عطاءً أقلّ.

والقانون الإنكليزيّ في أصله موافقٌ لهذا المبدأ، كما يظهر من المادّة ٢- ٦٤ من "قانون بيع المال" (Sale of Goods Act) ولكن صدرت بعض قرارات المحكمة الإنكليزيّة بأنّ من أعلن المزايدة، فإنّه قد ألزم نفسه مبدئيّاً أنّ من يُقدّم العطاء الأعلى، يكون مشترياً للبضاعة المعروضة. وليس حاصلُ هذا القرار أنّ البيع ينعقد بمجرّد عَرْض العطاء الأعلى، بل حاصلُه أنّ مَن أعلن المزاد فإنّه وَعَد بالبيع لمن يُقدّم أعلى عطاء، ويُمكن أن يُلزَم بوعده. وقد صدرت بعضُ القرارات

---

(١) البيان والتّحصيل لابن رشد ٨: ٤٧٥ و٤٧٦

(٢) المحيط البرهانيّ ٨: ١٠٢ و١٠٣ كتاب الكراهية والاستحسان، فصل ٧ والفتاوى الهنديّة ٣: ٢١٠ و٢١١

www.besturdubooks.wordpress.com



على أنّ من يُعلن المزايدة على أملاكٍ حكوميّة، فإنّه مُلزَمٌ بأن يبيع السّلعة المعروضة للمزاد إلى من يُقدّم أعلى عطاء. ولكنّ نصّ القانون وقراراتِ المحاكم على أنّ البائعَ لو احتفظ بحقّه في الإعلان، فإنّه لايلزمه العطاءُ الأعلى في حالٍ من الأحوال.[1]

وبالجملة، فإنّ القانون الإنكليزيَ يتّفق مع الفقه الإسلاميّ في أنّ البيع لايتمّ إلاّ بموافقة البائع، غير أنّ بعض قراراتِ المحاكم جعلت إعلانَ المزايدة وعداً معنوياً بأنّ البيع يُعقَد مع من يُقدّم العطاء الأعلى.

أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فإنّ ما ذكرنا في مبحث الوعد ينطبق ههنا أيضاً، وهو أنّ الوعدَ في الأصل غيرُ ملزم للواعد قضاءً، ولكن يجوز جعلُه ملزِماً لحاجة حقيقيّة، وذلك بأن يصدُر أمرٌ من وليّ الأمر بلزوم ذلك الوعد، إذا رأى فيه مصلحةً للجانبين.

٤٢–هل يلزم المشاركين العطاء الّذى تقدّموابه؟

أمّا بالنّسبة للمشاركين، فهل يلزمُ كلَّ من تقدّم بعطاءٍ أن يشتريَ به إن وافق البائعُ على عطاءه؟ لم أجد فيه صراحةً في مذهب الحنفيّة، ولكن مقتضى قواعدهم أنّه يلزمه ذلك ما دام المجلس قائماً، كما هو الحكمُ في خيار القبول في البيوع العاديّة. وكذلك مقتضى أصلهم أنّه يحقّ له الرّجوعُ عن إيجابه قبل أن يصدُر القبول من البائع أو يرسوَ عليه العطاء.

أمّا المالكيّة، فقد مرّ في مبحث الإيجاب والقبول عن ابن رشد قال: "لو رجع أحدٌ

(١) Pollock & Mulla on Sale of Goods Act p. 464, Section 64, sub- section 2

www.besturdubooks.wordpress.com



المتبايعين عمّا أوجبه لصاحبه قبل أن يُجيبه الآخرُ لم يُفِدْه رجوعُه إذا أجابه صاحبُه بعدُ بالقبول." وقد ذكرنا عن الحطّاب أنّ مذهب المالكيّة جارٍ على هذا.[1] ولكنّ الإيجابَ فى البيوع العاديّة يسقُط بانقضاء المجلس إن لم يُصادفه القبول. أمّا فى المزايدة، فقد ذكر المالكيّةُ أوّلاً أنّ جميعَ المشاركين فى المزايدة يلزمهم ما تقدّموا به من عطاء إن ألزم البائعُ أحدَهما، ولو كان عطاؤُه أقلَّ من الآخر. ثمّ ذكروا أيضاً أنّ خيارَ البائع يمتدّ إلى ما بعد المجلس. فقال ابن رشد الجدّ رحمه الله تعالى لبيان النّقطة الأولى:

"والحكم فيه أنّ كلّ من زاد فى السّلعة لزمَته بما زاد فيها إن أراد صاحبُها أن يُمضيَها له بما أعطى فيها، ما لم يستردّ سلعتَه، فيبيع بعدها أخرى، أو يُمسكها حتّى ينقضيَ مجلسُ المناداة. وهو مخيّرٌ فى أن يُمضيها لمن شاء ممّن أعطى فيها ثمناً، وإن كان غيرُه قد زاد عليه."[2]

والنّقطة الثانية أنّ هذا اللّزوم يبقى إلى مابعد المجلس أيضاً، ويجوز للبائع أن يُلزم أحدَ المشاركين بالشّراء ولو طال الزّمان. ذكرها الدّسوقيّ رحمه الله تعالى، فقال:

"وللبائع إلزامُ المشترى فى المزايدة ولو طال الزّمان، أو انفضّ المجلس، حيثُ لم يجرِ العُرف بعدم إلزامه، كما عندنا بمصر من أنّ الرّجل إذا زاد فى السّلعة وأعرض عنه صاحبُها، أو انفضّ المجلس، فإنّه لايُلزمِه بها. وهذا ما لم تكن السّلعةُ بيد ذلك المشترى، وإلاّ كان لربّها إلزامُه بها."[3]

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٤١

(٢) البيان والتّحصيل لابن رشد ٨: ٤٧٥ و٤٧٦

(٣) حاشية الدّسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وحاصل كلام الدّسوقيّ رحمه الله تعالى أنّ الأصلَ كونُ الشّراء لازماً على من تقدّم بعطاء، ويستمرّ اللّزوم إلى ما بعد المجلس. وبهذا يفترق بيعُ المزايدة عن البيوع العاديّة الّتى لايلزم فيها البيعُ بعد انقضاء المجلس. ويُستثنى من اللّزوم بعد المجلس فى المزايدة ما إذا كان عُرفُ البلد عدمَ اللّزوم، أو اشترط مقدّم العرض ذلك عند تقديم عَرضه. ولكن يظهر ممّا ذكره الحطّاب عن المأزريّ أنّ اللّزوم مبنيٌّ على العُرف، فلا يجوز للبائع أن يُلزم المشتريَ بالشّراء بعد انقضاء المجلس إلاّ إذا كان العُرف فى ذلك البلد بالإلزام. قال المأزريّ رحمه الله تعالى: "لا وجه للتّفرقة (يعنى بين المزايدة وبين البيوع العاديّة الّتى لاتلزم بعد المجلس) إلاّ الرّجوع للعوائد." ثمّ قال المأزريّ رحمه الله تعالى:

"ولو شرط المشترى إنّما يلتزم الشّراء فى الحال قبل المفارقة، أو شرط البائع لزومه له، أو أنّه بالخيار فى أن يعرضها على غيره أمداً معلوماً، او فى حكم معلوم، لزم الحكمُ بالشّرط فى بيع المساومة والمزايدة اتفاقاً، وإنّما افترقا للعادة حسبما علّل به ابن حبيب الفرق بينهما."[١]

وقدّمنا فى مبحث الإيجاب والقبول أنّ الرّاجح موقف الجمهور فى أنّ الموجب له الحقّ فى الرّجوع عن إيجابه مالم يقبله الطّرف الآخر. فينبغى أن يُطبّق ذلك فى المزايدة أيضاً.

٤٣- المزايدة مع الاحتفاظ

إنّ القانون الوضعيّ الإنكليزيّ يُعطى البائعَ الحقَّ أن يُعلِن قبل بداية نداء المزايدة أنّه

(١) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٣٨

www.besturdubooks.wordpress.com

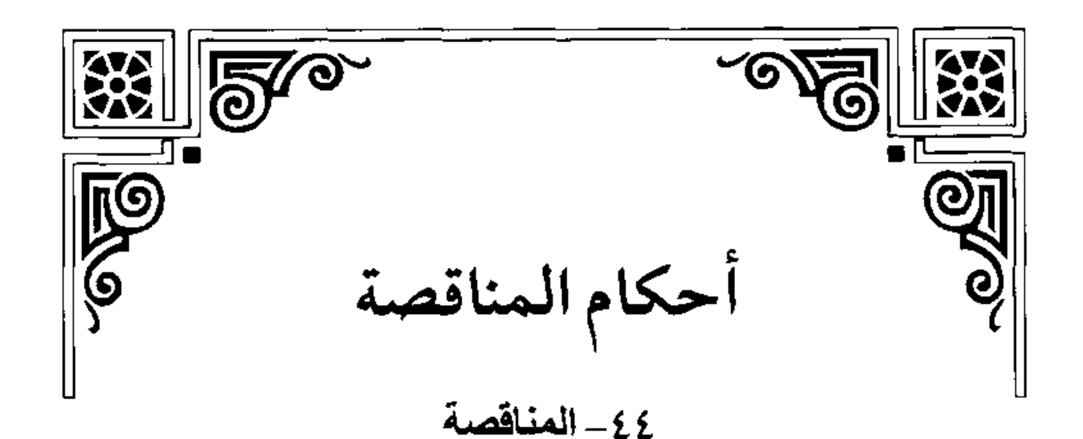
سيكون من جملة مقدّمى العُروض، بمعنى أنّه يُقدّم عرضَه إذا شاء، ليكون هو المشترى. وتُسمّى المزايدةُ حينئذٍ "المزايدة مع الاحتفاظ" (Auction With Reserve) فلو فعل ذلك جاز له إن رأى أنّ العُروض الّتى قُدّمت لم تبلُغ إلى ما يُريد من الثّمن، فإنّه يتقدّم بنفسه بعَرض أكثر، ويشترى البضاعةَ لنفسه، ليبيعها مرّةً أخرى بثمن زائد.[١]

فهل يجوز مثلُ هذا الاحتفاظ شرعاً؟ والجواب فيما يظهر أنّ الإنسان لايُمكن أن يشتريَ بضاعتَه من نفسه. فحاصلُ هذا الاحتفاظ لايعدُو من أن يكون إعلاناً من قِبله أنّ له أن يرفُض جميعَ الأعطية المعروضة، ويُمسِكَ عن بيعه، ويحتفظَ بالسّلعة لنفسه، ليتمكّن بعده ببيعه بثمنٍ أكثر. وقدّمنا فيما سبق أنّ له ذلك. ولعلّ ذلك لايختلف حكمُه عمّا إذا حدّد البائعُ سعراً أقلّ بمعنى أنّه لايبيع إلاّ بما زاد على ذلك. وهذا جائزٌ شرعاً.

---

(١) Sale of Goods Act 1930, Section 64, (4) & (6) with commentary of Pollock & Mulla, p.466 cf Contract Act 1872 Section 123

www.besturdubooks.wordpress.com



أحكام المناقصة

٤٤ـ المناقصة

(Reverse Auction)

المناقصةُ (Reverse Auction) اصطلاحٌ حادثٌ لطريقةٍ تتّبعها جهاتٌ تُريد شراءَ سلع أو خدمات بأقلّ ما يُعرض عليهم من سعر. وقد عرّفه قرارٌ لمجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ بما يأتي:

"المناقصة: طلبُ الوصول إلى أرخصِ عطاءٍ لشراء سلعةٍ أو خدمةٍ تقوم فيها الجهةُ الطّالبة لها بدعوة الرّاغبين إلى تقديم عطاآتهم وفق شروطٍ ومواصفاتٍ محدّدة." (١)

وهو في حقيقته عكسُ المزايدة. فالمزايدةُ يُجريها البائعون الّذين يُريدون أن يعقدوا البيع بأكثر ما يُعرض عليهم من ثمن، فيطلبون العروض من المشترين. والمناقصةُ يُجريها الرّاغبون في الشّراء، ويطلُبون العروض من الرّاغبين في البيع، ويُرسون العطاءَ على من يتقدّم إليهم بأقلّ الأسعار. والكلام في مشروعيّة هذه العمليّة مثلُ الكلام الّذي

(١) قرارالمجمع رقم ١٠٧ (١ـ ١٢) مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر

www.besturdubooks.wordpress.com



سبق في المزايدة. وإنّ المناقصة، وإن لم يجرِ لها ذكرٌ في كتب الفقه، ولكن يُمكن قياسُه على المزايدة، لأنّه لافارقَ بينهما من حيثُ المبدأ، فإنّ العُروض تُقدَّم فيها كما تُقدّم في المزايدة. وكونُها سوماً على سوم الآخر قد مرّ الجواب عنه في المزايدة.

ولكنّ المناقصة عادةً إنّما تجري في حاجات المشاريع الكبيرة من التّجارة والصّناعة. فكانت المزايدةُ يُمارسها الفقراء، حتّى سُمّيت "بيع المفاليس". أمّا المناقصة، فإنّها تجري بين جهاتٍ تجاريّة أو صناعيّة ثريّة بمبالغَ باهضة. وإنّما تجري بطريقةٍ مكتوبة أكثر انضباطاً ودقّة.

والطّريقة المتّبعة لإجراء المناقصة أنّ الجهةَ الّتي تُريد أن تعقد مع مقاولٍ لبناء عمارةٍ مثلاً، وتُريد أن يتقدّم إليها المقاولون بعُروضٍ مختلفة، فإنّها تدوّن تفاصيلَ البناء ومواصفاتِه وشروطَ العقد في دفتر، ثمّ تدعو المقاولين إلى المناقصة عن طريق الإعلان في الجرائد أو الصُّحف، ويحدَّد في الإعلان العملُ وبعضُ تفاصيله. أمّا دفتر الشّروط الّذي يحتوي على تفاصيل العمل بكاملها، وعلى الشّروط الأخرى للعقد، فإنّما يُعطى للمشاركين في المناقصة بثمنٍ يُحدَّد في الإعلان المنشور في الجرائد أو الصّحف، كما أنّ الإعلانَ يُحدِّد آخرَ موعدٍ لتقديم العروض، وتاريخَ فضّ العروض، وفي بعض الحالات يطالَب المقاولون بتقديم ضمانٍ ابتدائيّ يُنبئ عن جدّيّتهم في تقديم العرض.

وعلى أساس هذا الإعلان يتقدّم المقاولون بعروضهم في ظروفٍ مختومة مع مبلغ الضّمان الابتدائيّ، ثمّ إنّ الجهة الطّالبةَ للمناقصة تفتح الظُّروف المختومةَ في موعدٍ محدَّد بحضور المشاركين في المناقصة أو ممثّليهم، ويُعلَن اسمُ كلّ صاحب عرض، وسعرُ عرضه، ويُسجّل، ثمّ يتمّ فحصُ العروض للتّأكّد من توافر الشُّروط وموافقةِ

www.besturdubooks.wordpress.com

العروض للمواصفات المطلوبة، وموافقتِها للإجراءات القانونيّة. ثمّ تختار الجهةُ الطّالبةُ للمناقصة العَرْض الأقلّ سعراً، إلّا إذا كان ذلك السّعر - بالرّغم من كونه أقلّ بالنّسبة لسائر العروض - أغلى بالنّسبة إلى سعر السّوق. فحينئذٍ تُفاوِض الجهةُ الطّالبة مع صاحب العرض الأقلّ لتخفيض سعره ليكون موافقاً لسعر السّوق.

وكذلك إذا تساوتْ بعضُ العُروض فى أسعارها، ربّما يلجأ إلى إجراء مفاوضة عَلَنيّة بين أصحاب هذه العروض لاختيار الأصلح، أو يُقسّم العملُ بينهم حسبما تقتضيه مصلحةُ الجهة الطّالبة. وبعد هذه الإجراءات يُرسَى العطاء لمن قُبل عرضُه.

ومثل هذه الإجراءات تُتّخذ أيضاً فى المناقصات الّتى تُطلب فيها عقودُ التّوريد. فإعلانُ طلب المناقصة يحتوى على مواصفات الأشياء المطلوبة وكمّيّاتها، ويتقدّم التّجّارُ بعُروضهم لبيع هذه الأشياء ويُرسَى العطاء لأقلّها سعراً بالطّريقة الّتى ذكرناها فى المقاولة سواءً بسواء.

وإنّ فى البلاد المختلفة قوانينَ مختلفةً تخضع لها المناقصات، وإجراءاتٌ لا داعيَ لذكر تفاصيلها هنا، لأنّها أمورٌ إداريّةٌ لا يتعلّق بها حكمٌ فقهيٌ، ولكنّ المسائل الفقهيّة المتعلّقة بالمناقصات قريبةٌ ممّا ذكرناها فى المزايدة.

فلو كانت المناقصةُ لعقدٍ يجوز إنجازُه على الفور شرعاً، مثل عقد البيع للمبيعات الموجودة عند البائع، أو عقد الإجارة، أوعقد الاستصناع، تنطبق عليها جميعُ الأحكام الّتى ذكرنا ها فى المزايدة. ولكنّ المناقصة كثيراً مّا تقع على اتّفاقيّات التّوريد. وإنّها تختلف عن المزايدة فى أنّ البيع فى المزايدات يتمّ فى مجلس العقد بالإيجاب والقبول كما أسلفنا. أمّا اتّفاقيّاتُ التّوريد، فقد ذكرنا فيما سبق أنّها ليست

www.besturdubooks.wordpress.com

من قبيل البيع النّاجز، وإنّما هى مواعدةٌ بين الطّرفين لإنشاء بيعٍ فى تاريخ لاحق. فليس هناك إيجابٌ وقبولٌ لإنجاز العقد فى هذه المرحلة، وإنّما الإعلان الصّحفيّ لمثل هذه المناقصة دعوةٌ للتّجّار للدّخول فى مواعدةٍ أو تفاهُمٍ عامّ. ولكن لابأس أن تُتّخذ لها جميع الإجراآت الّتى ذكرناها، بشرط أن لايُظنّ أنّ إرساء العطاء عقدٌ باتٌّ للبيع مُضافٌ إلى المستقبل، بل يرسو العطاءُ على أنّه مواعدةٌ من الطّرفين، لازمةٌ عليهما، لإنجاز البيع فى تاريخ مستقبل. وقد فصّلنا الفرق بين الأمرين تحت عنوان "المواعدة فى اتّفاقيّات التّوريد".

٤٥- حكم أخذ عوض على دفتر الشّروط

والمعمولُ به فى المناقصات عموماً، وفى المزايدات فى بعض الأحوال، أنّ الجهة الإداريّة الّتى تُريد أن تُجريَ المناقصة تُسجّل تفاصيلَ العقد ومواصفاتِه فى دفتر. وهذا الدّفتر يُعطى للمشاركين بعوضٍ ماليّ.

فالسُّؤال الفقهيّ: هل يجوز للجهة الإداريّة أخذُ عِوَضٍ مقابلَ دفتر الشُّروطِ؟ فإذا نظرنا إلى أنّ هذا الدّفترَ إنّما يرجع نفعُه إلى الجهة الإداريّة، حيثُ إنّها هي الّتى تريد أن تُجري المناقصةَ لصالحها، لم يكن هناك مبرِّر لها فى أخذ عوض مقابلَ هذا الدّفتر.

ولكنّ هناك ناحيةً أخرى لا يمكن غضّ النّظر عنها، وهي: أنّ إعدادَ دفتر الشُّروط ربّما يحتاج إلى دراساتٍ فنّيّة، ورسم خرائطَ دقيقة، ممّا يتطلّب جُهداً ومالاً. ومن ناحيةٍ أُخرى: إنّ هذا الدّفترَ يخفّف مؤونةَ المقاولين أو التُّجّار؛ لأنّه لولا هذا الدّفترُ لاحتاج كلُّ عارضٍ إلى أن يُجري هذه الدّراسات الفنّيّة بنفسه، ويتكبّد فى ذلك

www.besturdubooks.wordpress.com

جُهداً، ويبذل لأجله مالاً. ومن هذه الجهة يبدو أنّ الجهةَ الإداريّةَ تَستحقُّ أن تُطالِب عوضاً مقابلَ هذا الدّفتر.

والّذي يظهر لهذا الضّعيف - عفا الله عنه- أنّه لو كان دفتر الشُّروط لا يتضمّن دراساتٍ فنّيّةً، وكان مشتملاً على مجرّد شرط العقد، فلا يجوز للجهة الإداريّة أن تتقاضى عليه ثمناً؛ لأنّه بمنزلة شروط العقد من أحد العاقدين، ولا يجوز أخذ العوض على ذلك. أمّا إذا كان هذا الدّفترُ مشتملاً على دراساتٍ فنّيّة يحتاج إليها المشاركون في المناقصة لإعداد عُروضهم، فيجوز للجهة الإداريّة أن تأخذ على دفعه عوضاً يغطّي تكاليفَ الجهة الإداريّة في إعداده.

وهذا قريبٌ ممّا صدر به قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ في موضوع بيع المزايدة، ونصّه ما يلي:

"لا مانعَ شرعاً من استيفاء رسم الدُّخول - قيمة دفتر الشُّروط بما لا يزيد عن القيمة الفعليّة - لكونه ثمناً له."(١)

٤٦-حكم المطالبة بالضّمان الابتدائيّ

قدّمنا أنّ في بعض الحالات يُطالَب المقاوِلون بتقديم ضمانٍ ابتدائيّ يُنبئ عن جدّيّتهم في تقديم العرض. فحكمُه الشّرعيّ ما ذكرناه في بيان هامش الجدّيّة. ولا يظهر هناك مانعٌ من المطالبة به للتأكُّد من جدّيّة العارض، ما دام أنّه لا يؤدّي إلى أكل أموال النّاس بالباطل. وهذا إنّما يحصُل إذا بقي مبلغُ الضّمان أمانةً عند الجهة الإداريّة. ولو وقع خَلْطُه

---

(١) قرار رقم: ٧٣ (٨/٤) للدورة الثامنة للمجمع، المنعقدة في بروناي دار السّلام، سنة ١٤١٤هـ راجع: مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الثامن: ٢: ٢٥، فقرة ٥

www.besturdubooks.wordpress.com



بالأموال الأخرى، فيكونُ مضموناً عليها، وإن وقع استثمارُه بإذنه، فيجب أن يرجع ربحُه إلى صاحب العرض الّذي قدّمه. وإن لم يفُزْ هذا العارضُ بالصّفقة، بمعنى أنّه لم يُقبَل عرضُه، فإنّه يُردّ عليه كاملُ المبلغ، مع ربحه إذا أُودِع في وعاءٍ استثماريّ مقبولٍ شرعاً.

وما يُعمل به عموماً من مُصادرة المبلغ إذا سحبَ العارضُ عرضَه قبل موعد إرساء العطاء، غيرُ مقبولٍ من النّاحية الشّرعيّة إطلاقاً، وهو من قبيل أكل أموال النّاس بالباطل؛ لأنّنا حقّقنا فيما سبق أنّ التّقدُّم بالعرض إيجابٌ من قِبَلِ العارض، ويحقّ شرعاً لكلّ من يتقدّم بالإيجاب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، فلا وجهَ لمصادرة ما تقدّم به من الضّمان الابتدائيّ. وكثيراً ما تقع حالاتٌ يُضطرّ فيها العارضُ لسحْب عرضه، فكيف يجوز معاقبتُه في مثل هذه الحالات؟

حتّى لو أخذنا بقول المالكيّة الّذين يرون التّقدُّم بالعرض في المزايدة ملزماً على الموجِب العارض، ولا يعترفون بحقّه في الرّجوع، فإنّ غايةَ هذا الإلزام أن يُجبَر على العقد قضاءً. أو يُحمَّل الضّررَ الماليَّ الّذي تضرّرت به الجهةُ صاحبةُ المناقصة فعلاً، وإلاّ صارت هذه المصادرةُ عُقوبةً ماليّةً، لا يجوز لأحدٍ أن ينفّذها إلّا القاضي على قول من يجوّز الغرامةَ الماليّةَ كعُقوبةٍ مشروعة، وخاصّةً في حين أنّ المالكيّة إنّما ألزموا الإيجابَ على العارض في المزاد العلنيّ، الّذي يرسُو فيه العطاءُ في مجلس المزاد، ولا ينطبق ذلك تماماً على المناقصات السّرّية الّتي يتمّ فيها العقد بعد مدّة تُحتمل فيها تقلُّباتُ الأسعار بصفةٍ غير متوقّعة.

فلا يجوز شرعاً مصادرةُ الضّمان الابتدائيّ إذا سحب العارض عرضَه قبل إرساء العطاء.

وقد يُستشكل هذا بأنّه لا تظهر هناك فائدةٌ لهذا الضّمان إذا وجب ردُّ مبلغه إلى

www.besturdubooks.wordpress.com

العارض فى جميع الحالات.

والجواب عن هذا الإشكال أنّ هذا المبلغ ليس إلّا للتّأكُّد من جِدّية صاحب العرض، وليس ضماناً فى مفهومه الفقهيّ، فإنّ الضّمانَ إنّما تسبقه مديونيّةٌ، وإنّ مجرّد التقدُّم بالعرض لا يُنشئ ديناً على صاحب العرض. ولا شكّ أنّ من يتقدّم بهذا المبلغ عند تقديم عرضه، فإنّه يُنبئ عن جدّيته فى الاشتراك؛ لأنّه لا يتنازل أحدٌ عن سُيولته، ولو لمدّة قصيرة، إلّا مَن يُريد أن يدخل فى العقد حقيقةً. وهذا المطلوب حاصل، والله سبحانه أعلم.

٤٧- حكم الضمان النّهائيّ

أمّا الضّمانُ النّهائيُّ، فإنّه يطالَبُ به مَن يفوز بالصّفقة من بين العارضِين، وإنّما يطالَب به لتوثيق أنّ الفائزَ بالصّفقة يلتزم بمسئوليّاته التّعاقديّة، وقد يزعُم بعضُ النّاسِ أنّه من قبيل العربون، وليس الأمرُ كذلك، لأنّ العربونَ الّذى أجازه الحنابلةُ إنّما يُقدِّمه المشترِى، وصاحبُ العرْض فى المناقصات هو البائعُ، إذا كان موضوعُ المناقصة توريداً، أو استصناعاً، والمؤجِرُ، إن كانت المناقصةُ موضوعُها تقديمَ بعض الخدمات. والواقعُ أنّه لا يوجد هناك نظيرٌ فى الفقه الإسلاميّ بمطالبة شيئٍ من البائع أو المؤجِر، إلّا مطالبةُ الرّهن من المسلم إليه الّذى جوّزه بعضُ الفقهاء ومنعه آخرون. ولكنّ ذلك إنّما يُمكن إذا كان البيع باتّاً، كما فى السّلم أو الاستصناع.

أمّا فى اتفاقيّات التّوريد، فقدّمنا أنّها ليست عقوداً باتّة. وغايةُ ما يُمكِن أن يبرَّر به هذا الضّمانُ هو على أساس "هامش الجدّية" فينطبق عليه كلُّ ما ذكرنا فى الضّمان الابتدائيّ من أنّه أمانةٌ ابتداءً، وإن خُلِطَ بمال آخر، فإنّه مضمونٌ على صاحب

www.besturdubooks.wordpress.com

المناقصة. وإن وقع استثمارُه بإذن صاحبه فإنّه يرجع ربحُه إليه، ويجب ردُّه مع رِبْحه (إذا كان مستثمَراً في جهة مقبولة شرعاً) إلى صاحبه عند تمام تنفيذ العقد. ولا يجوز مصادرتُه إلّا إذا تخلّف صاحبُه من أداء واجبه، وحصل بالتّخلُّف ضررٌ ماليٌّ لصاحب المناقصة فعلاً، فيمكن أن تقع المقاصّةُ بين المبلغ وبين ما يجب على المتعاقد من تعويضٍ ماليٍّ.

وقد صدر قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ بشأن الضّمان في بيوع المزايدة بما نصّه:

"طلبُ الضّمان ممّن يريد الدّخول في المُزايدة جائزٌ شرعاً، ويجب أن يُردّ لكلّ مشارك لم يرسُ عليه العطاء، ويُحتسب الضّمانُ الماليُّ من الثّمن لمن فاز بالصّفقة."[١]

وبما أنّ هذا القرار كان موضوعُه المزايدة، ويُطلب فيه الضّمان من المشتري، فيمكن تخريجُه على أساس العربون، وليس الأمر كذلك في المناقصات الّتي يُطلب فيها الضّمان من البائع أو المقاول، فلا بُدّ من ردّ هذا المبلغ بعد تنفيذ العقد مع سائر واجبات المتعاقد الأخرى، ولا يُصادَر هذا المبلغ إلّا في الصّورة الّتي ذكرناها من تخلُّف المتعاقد عن تنفيذ العقد، وتحميله الضّرر الفعليَّ الماليَّ الّذي أصاب صاحبَ المناقصة، فحينئذ تقع المقاصّةُ بين المالين. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٤٨- المحظورات في المزايدة والمناقصة

ثمّ إنّ المزايدة والمناقصة وإن كانتا جائزتين شرعاً، ولكن قد تُصاحبهما ما يجعل

---

(١) قرار رقم: ٧٣ (٨/٤) في الدّورة الثّامنة للمجمع، المنعقدة في بروناي، سنة ١٤١٤هـ مطبوعا في مجلّة المجمع، العدد الثّامن: ٢٥:٢، فقره ٤.

www.besturdubooks.wordpress.com

العمليّةَ محظورة. ومن أهمّ هذه المحظورات الشّرعيّة ما يأتى:

٤٩- المزايدة فى محلّ محظور

أن يكون محلُّ المزايدة أو المناقصة ما لايجوز التّعاقد فيه شرعاً، مثل الخمر أو الخنزير، فلا يجوز الدّخول فيهما. وعلى هذا، فإنّ المناقصةَ أو المزايدة الّتى تجرى لبيع سندات الخزينة(Treasury Bills) الرّبويّة لايجوز عقدُها ولا الدّخولُ فيها، لأنّ سندات الخزينة هى سندات قرضٍ ربويّ تُصدرها الحكومةُ للاستقراض من المؤسسات الماليّة. وهى مشتملةٌ على التّعهّد بأداء مبلغٍ معلوم مثل مائة ألف دولار بعد مدّة محدّدة. وإنّ هذه السّندات تُباعُ بخصم. فإن كان السّندُ لمائة ألف دولار مثلاً، فإنّه يُباع بخمسة وتسعين ألفاً مثلاً، ليحصُل المشترى فى تاريخ السّداد على مائة ألف، ويربح خمسة آلاف. وقد تُجرى الحكومة (بواسطة البنك المركزيّ غالباً) مزايدةً لبيع هذه السّندات. فيُباع هذا السّند لمن يتقدّم بالعطاء الأعلى الّذى يكون أقلّ دائماً من قيمته الاسميّة، كى ينتفعَ المشترى بالفرق بين ثمنه الّذى اشترى به السّند وبين القيمة الاسميّة.

وهذه العمليّةُ تشتمل على محظورين: الأوّل: أنّ هذا قرضٌ ربويٌّ بحت. والثّانى: أنّ هذه السّندات تُشترى عادةً لتُباع فى السّوق الّتى تُسمّى السّوق الثّانويّة، وإنّه بيعٌ للدّين من غير مَن هو عليه، فلا يجوز الدّخول فيها. وسيأتى التّفصيل فى مبحث بيع الدّين إن شاء الله تعالى.

٥٠- النّجْش مع احتفاظ الثّمن أو غيره

النَّجْش أن يزيد الرّجل فى ثمن السّلعة، لا لرغبةِ نفسه فى شراءها، بل ليخدع غيره ليرغب فيها ويشتريَه بثمن زائد. وهو ممنوعٌ بنصّ الحديث، وسيأتى تمام الكلام

www.besturdubooks.wordpress.com



عليه في باب البيع المكروه إن شاء الله تعالى.

ولكنَّ الّذى يُناسب ذكرُه هُنا أنَّ النّاجشَ إن أقيم من قِبل البائع ليُرغّب المشاركين فى المزايدة، فإنّ بعضَ القوانين الوضعيّة لاتمنع ذلك، كما حُكيَ عن القانون السّويديّ، وقانون بعض الدّول الأخرى أنّه لايمنع النّجش، ولكنّه يُسيئ سُمعة القائمين بالمزايدة.[1] وإنّ القانون الإنكليزيّ يسمح ذلك فى بعض الحالات، وهى فى بيع العقارات إذا احتفظ البائع بسعر أقلّ، وأقام البائعُ من يُقدّم الأعطية ليرغب الآخرون فى الزّيادة عليها.[2]

أمّا الشّريعة الإسلاميّة، فلا تُبيح مثلَ هذه الخديعة. وإنّ نصّ الحديث الّذى يمنع ذلك عامٌّ يشمل جميعَ الحالات. ولا شكّ أنّ عنصر الخديعة موجودٌ فيه، وإن كان البائع احتفظ بسعرٍ معلوم، وأخذ لنفسه حقّ تقديم العطاء. فلا يجوز ذلك، والله سبحانه أعلم.

أمّا إذا لم يكن البائع احتفظ بسعر معلوم، فالنّجْش ممنوعٌ فى القانون الإنكليزيّ أيضاً. بل صرّح القانون أنّه لو ثبت أنّ البائع أقام أحداً للنّجش، فإنّ الّذى رسا عطاؤه واشترى السّلعة فى الأخير له الحقّ أن يرفع الأمرَ إلى القضاء ضدّ البائع، ويفسَخ البيع على أساس كونه مبنيّاً على الخديعة.

أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أنّ النّاجش آثمٌ بفعله، ولكنّ البيعَ

---

(١) Wikipedia, "Auction"_Collusion

(٢) Wikipedia, "Auction"_Chandelier or Rafter Bidding. It seems that the language of Section 64 (4) & (5) has room for such a practice.

www.besturdubooks.wordpress.com

لايبطل بذلك، كما سيأتى تفصيله إن شاء الله تعالى فى البيع المكروه. ولكن هناك رواياتٌ فى مذهب المالكيّة والحنابلة أنّ البيع يبطل بالنّجش. ولو ثبت فيه غبنٌ فاحش، فللمشترى الخيارُ فى الفسخ. وقيّد الشّافعيّة خيارَ الفسخ فى حالة الغبن الفاحش بما إذا كان النّجش بمواطأة من البائع. أمّا الحنفيّة، فأصلُ مذهبهم أنّه لاخيارَ للمغبون، ولكنّ المتأخرين أفتَوا فى العصور المتأخرة بخيار المغبون المغرور، كما سيأتى تفصيله فى مسئلة خيار المغبون إن شاء الله تعالى.

٥١ـ تواطؤ المشاركين فى المزايدة

وقد جرى العمل فى بعض البلاد على أنّ المشاركين فى المزايدة يتواطئون فيما بينهم على أن لا يُقدّم أحدٌ منهم عطاءً أزيد على مبلغ متّفق عليه. وإنّ هذا التّواطؤ يؤثّر على ثمن السّلعة أثراً كبيراً، حيثُ لايبلغُ الثّمن أكثرَ ممّا يُريد المتواطئون. ومن أجل ذلك يُنشئون جماعةً تُسمّى "حلقة" (Ring) وإنّ مثلَ هذا التّواطؤ يُسمّى "الصّرع" (Knock out) كأنّ هذه الحلقة صرَعت الجهةَ البائعة أوالمشاركين الآخرين. وإنّ مثل هذا التّواطؤ كان مشروعاً فى القانون الإنكليزيّ العامّ (Common Law) وقد صدرت بجوازه قراراتٌ من المحاكم الإنكليزيّة والهنديّة.[١] ثمّ أُصدر قانون فى سنة ١٩٢٧ جَعَل مثل هذا التّواطُؤ جريمةً قانونيّةً إذا دخل فيه أحدٌ بإعطاء هديّة، أو تعويضٍ عن إمساكه عن تقديم العطاء الزّائد.[٢] والظّاهرُ من هذا القانون أنّه إذا وقع التّواطؤ بدون هديّة أو تعويض (رشوة) فإنّه غير ممنوع قانوناً.

---

(١) Pollock & Mulla on Sale of Goods Act, pp. 467, 468

(٢) Auctions (Bidding Agreements) Act 1927, Section 1 (1)

www.besturdubooks.wordpress.com



أمّا فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، فلم يذكروا حكمَ هذا التّواطؤ فى المزايدة، ولكن يظهر من المبادئ العامّة ومذاق المقاصد الشّرعيّة أنّ مثل هذا التّواطؤ لاتُجوّزه الشّريعة الإسلاميّة إن كان فيه إضرارٌ بالبائع أو بالمشاركين الآخرين. لأنّ المبدأ الّذى أخذت به الشّريعة الإسلاميّة أن تكون هناك منافسةٌ حرّةٌ فيما بين البائعين والمشترين، ويقعَ تعيين الثّمن على أساس هذه المنافسة الحرّة. ولذلك منعت الشّريعة الإسلاميّة الاحتكارَ، وتلقّيَ الجلب، وبيعَ الحاضر للبادى، كما سيأتى فى بيان البيوع المكروهة إن شاء الله تعالى. ويُمكن أن يُستأنس لذلك بما ورد فى بعض طرق الحديث أنّ النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم قال: "لا تناجشوا"[١] و"التّناجُش" يقتضى "التّشارك" وأن يكون من قبل أكثر من جهة واحدة، وإن كان شرّاحُ الحديث فسّروه بطريق آخر. والله سبحانه أعلم.

ثمّ إنّ هذا التّواطُؤ يقع فى بعض المزايدات على أساس أنّه إن فاز أحدُ أعضاءِ الحلقة بالصّفقة، فإنّه يعقد مزايدةً أخرى فيما بين الأعضاء، وفرْقُ الثّمن فيما بين المزايدتين يُقسّم فيما بين أعضاء الحلقة.[٢] وفيه مفسدةٌ أخرى زيادةً على التّواطؤ، وهيَ أنّ مايُوزّع فى الشّركاء من فرق الثّمنين هو رشوةٌ لهذا التّواطؤ، فلايجوز شرعاً. والواقع أنّ قوانين أكثر البلاد الغربيّة مصوغةٌ على أساس الاقتصاد الرأسماليّ الّذى هو مبنيٌّ على مبدأ حرّيّة الإنسان فى حصول ربح أكثر. وقد يكون ذلك على حساب ضرر العامّة أو ضرر جهةٍ أخرى. فقد يمنعونه وقد يُجيزونه حسب ما تقتضيه آراء

---

(١) رواه البخاريّ فى صحيحه، كتاب البيوع، باب لايبيع على بيع أخيه الخ حديث ٢١٤٠

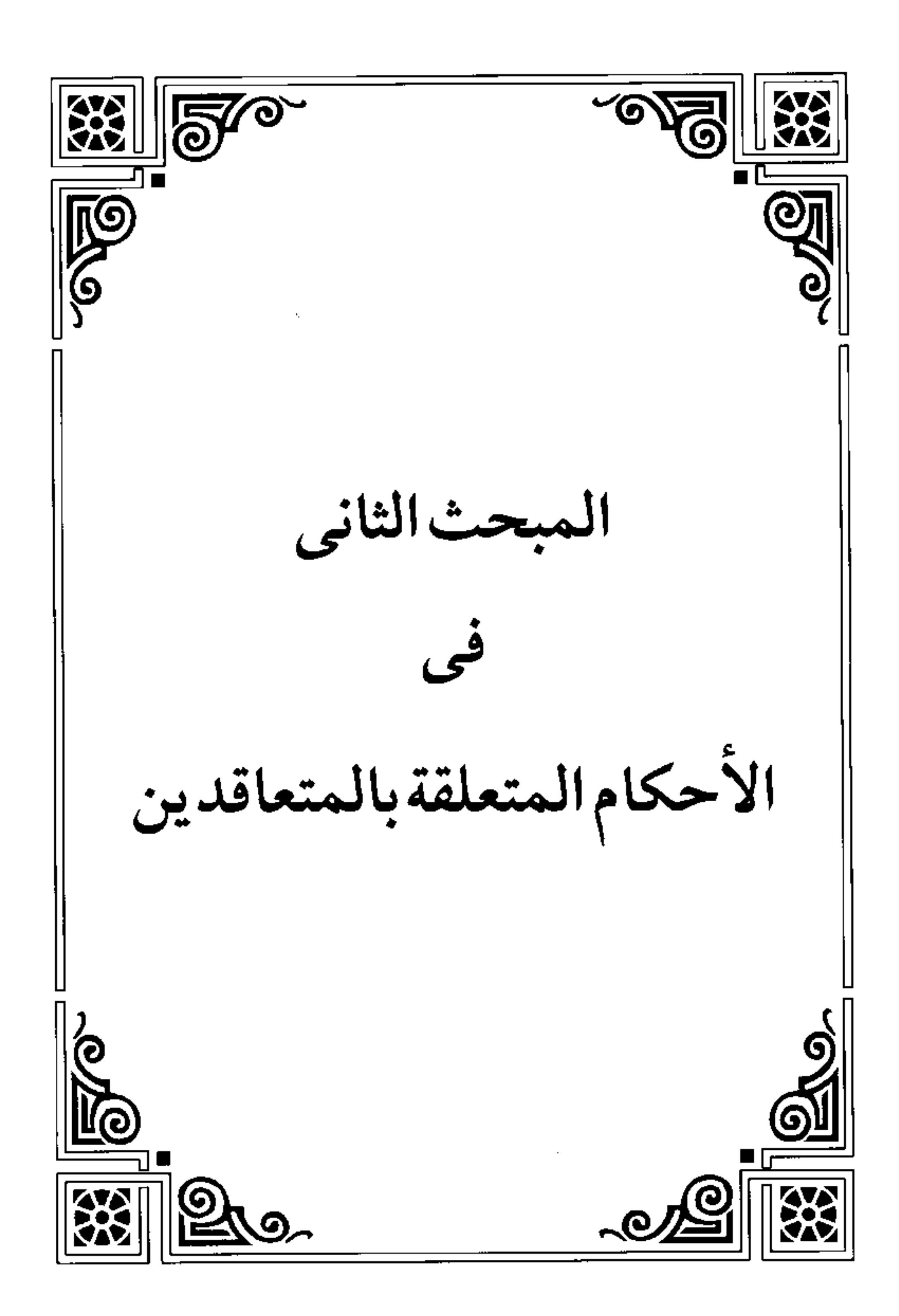
(٢) Wikipedia, "Auction"_Collusion

www.besturdubooks.wordpress.com

الجهة المشرّعة.

وبعد الفراغ من المسائل المتعلّقة بركن البيع،وهوالإيجاب والقبول، ننتقل الآن إلى الأحكام الّتى تتعلّق بالمتعاقدين، والله سبحانه هوالموفّق للصواب.

www.besturdubooks.wordpress.com



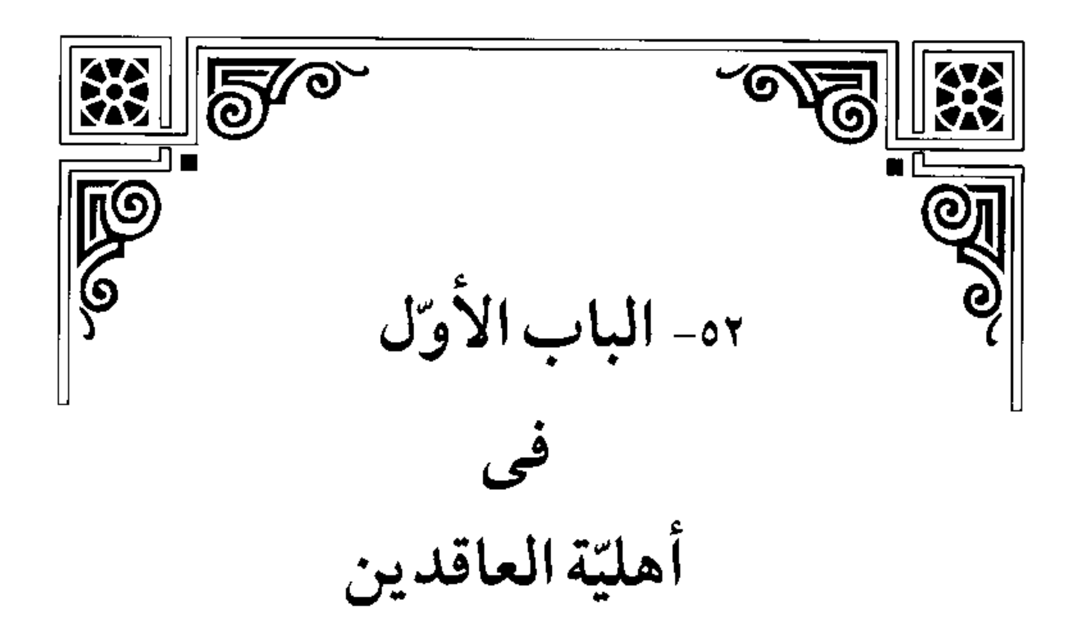
المبحث الثانى

فى

الأحكام المتعلقة بالمتعاقدين

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



٥٢- الباب الأوّل في أهليّة العاقدين

يشترط لصحّة عقد البيع أن يكون العاقدان عاقلَين مميّزين، فلا ينعقد بيعُ المجنون والصّبيّ الّذي لا يعقل. ولا يشترط البلوغ ولاالحرّيّة ولا الإسلام، ولا سلامةُ الأعضاء. ولنتكلّم على كل من هذه الأقسام بشيئٍ من التّفصيل:

٥٣- بيع الصبيّ وشراؤه

لاخلافَ في أنّ الصبيّ غيرَالمميّز ليس أهلاً للتّعاقد. أمّا الصبيّ المميّز، فاختلف الفقهاء في أهليّته. فالمعتمَد عندالحنفيّة والمالكيّة والحنابلة أنّه أهلٌ للتعاقد.[١]

---

(١) قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "فأمّا البلوغ، فليس بشرطٍ لانعقاد البيع عندنا،حتى لو باع الصبيّ العاقلُ مالَ نفسه ينعقد عندنا موقوفاً علي إجازة وليّه، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ" وقال الدّردير رحمه الله تعالى:"(وشرط) صحة عقد (عاقده) أي البيع (تمييز) بأن يكون إذا كلّم بشيئٍ من مقاصد العُقلاء فهِمه وأحسنَ الجوابَ عنه. فلا ينعقد من غير مميّز لصغَر أو إغماءٍ أو جنون." وقال المرداويّ رحمه الله تعالى:"الثّاني: أن يكون العاقدُ جائزَالتّصرّف،وهوالمكلّف الرّشيد...إلاّ الصبيّ=

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا الشّافعيّة، فمذهبُهم أنّ الصبيّ ليس أهلاً للتّعاقد، وإن كان مميّزا. قال الغزاليّ رحمه الله تعالى:

"فتصرّفاتُ الصّبيّ والمجنون بإذن الوليّ ودونَ إذنه، وبالغِبطة والغَبينة، باطلة."[1]

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ويصحّ تصرّفُ الصّبيّ المميّز بالبيع والشّراء فيما أذِن له الوليّ فيه فى إحدى الرّوايتين، وهو قول أبي حنيفة، والثّانية: لا يصحّ حتّى يبلغ. وهو قول الشّافعيّ، لأنّه غيرُ مكلّف، أشبه غيرَ المميِّز. ولأنّ العقلَ لا يمكن الوقوف منه على الحدّ الّذي يصلُح به التّصرّف، لخفائه وتزايده تزايداً خفيَّ التّدريج، فجعل الشّارعُ له ضابطاً، وهو البلوغ. فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنّة."

ولنا قولُ الله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم [النّساء : ٦] ومعناه: اختبِروهم لتعلَموا رُشدهم. وإنّما يتحقّق إختبارُهم بتفويض التّصرّف إليهم من البيع والشّراء، وليُعلم هل يُغبَن أولا. ولأنّه عاقلٌ مميّز محجورٌ عليه، فصحّ تصرّفُه بإذن وليّه

= المميّز والسّفيه، فإنّه يصحّ تصرّفُهما بإذن وليّهما فى إحدى الرّوايتين، وهي المذهب، وعليه الأصحاب. (بدائع الصنائع ٣٢١:٤ والدسوقي علي شرح مختصر خليل٥:٣ والإنصاف للمرداوي ٢٦٧:٤)

(١) الوسيط للغزالي ١٢:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

كالعبد، وفارق غيرَ المميِّز، فإنّه لا تحصل المصلحة بتصرّفه لعدم تمييزه ومعرفته. ولا حاجةَ إلى اختباره لأنّه قد عُلِم حاله. وقولهم: إنّ العقل لا يمكن الاطّلاع عليه، قلنا: يُعلم ذلك بآثاره وجريان تصرّفاته على وفق المصلحة، كما يُعلم في حقّ البالغ، فإنَ معرفةَ رُشده شرطُ دفع مالِه إليه وصحّة تصرفه؛ كذا هاهنا. فأمّا إن تصرّف بغير إذن وليّه، لم يصحّ تصرّفه. ويحتمل أن يصحّ ويقِف على إجازة الوليّ، هو قول أبي حنيفة .... وأمّا غيرُ المميّز فلا يصحّ تصرّفه، وإن أذن له الوليّ فيه، إلاّ في الشّيء اليسير، كما رُويَ عن أبي الدّرداء رضى الله تعالى عنه أنّه اشترى من صبيٍّ عصفوراً، فأرسله. ذكره ابن أبي موسى.[1]

وماقاله ابنُ قُدامة قويٌّ راجح، فإنَ الصبيّ المميِّز قد يحتاج إلى البيع والشّراء، والمانعُ قد زال ببلوغه سنَّ التمييز، وزال الضّررُ المحتمل بجعل عقده موقوفاً علي إجازة وليّه. والله سبحانه أعلم.

ثمّ بيعُ الصبيّ المميّز وشراؤه إنّما ينعقد موقوفاً على إجازة وليّه عندالحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، إذالم يكن الصبيُّ مأذوناً من قِبله. ويجوز عند الحنفيّة أن يأذن له الوليّ بالعقود التّجاريّة إذناً عامّاً، إلاّ في العقود الضّارّة المحضة، مثلِ الإقراض والكفالة والهبة وغيرها. ولو أذن له الوليّ إذناً عامّاً في غير العقود الضّارّة، فلايتوقّفُ انعقادُ هذه العقود على إذنٍ خاصٍ. يقول الحصكفيّ رحمه الله تعالى:

"فإن أذن لهما (أي للصبيّ والمعتوه) الوليُّ، فهُما في شراءٍ وبيعٍ كعبدٍ مأذون

(١) المغني لابن قدامة ٤:٢٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

فى كلّ أحكامه."(١)

فإذا باشر الصّغير المميّزُ شيئاً من البيع أو الشّراء أوالإجارة أوالاستيجار، أو أيّ عقدٍ يحتمل النّفع والضّرر بإذنٍ عامّ سابقٍ من وليّه، كان التّصرّف صحيحاً نافذاً ملزماً للصّغير منذ صدوره منه. وعمّم الإمام أبو حنيفة هذا الحكم، حتّى أجاز هذه التّصرّفات، ولو كانت بغبْن فاحش. وخالفه صاحباه فقالا: لاينفذ تصرّف الصّبيّ بالغبن الفاحش.(٢) وفى قولهما مصلحةٌ للصّبيّ كما لايخفى.

وفى هذا يختلف مذهب الجمهور فى الفقه الإسلاميّ من القوانين الوضعيّة الّتى تشترط لصحّة أيّ عقدٍ أن يكون العاقد بالغاً. فالمادة ١١ من قانون العقد الإنكليزيّ يُصرّح بأنّه يجب لأهليّة التّعاقد أن يكون العاقد بالغاً (major) حسب القانون السّائد فى البلاد. والقانون الإنكليزيّ العامّ كان قد حدّد سنّ البلوغ بإحدى وعشرين سنة، ثمّ نقصه بقانون تعديل قوانين الأسرة إلى ثمانى عشرة سنة. وبما أنّ مَن كان سنُّه أقلّ منه ربّما يحتاج إلى بعض العقود، فإنّ القانون أجاز عقده فى "الأشياء الضّروريّة" (Necessaries) وهناك تفاصيل كثيرةٌ فى تفسيرها، وطريق تطبيقها.(٣)

وإنّ هذه المشاكلَ قد انحلّت فى الفقه الإسلاميّ باشتراط إذن وليّه. وذلك لأنّ من الصّعب جدّاً أن يُطبّق على جميع الصّبيان مبدأٌ واحدٌ فى جميع الأمور. وإنّ وليّه هو الّذى له بصيرةٌ تامّةٌ بأحوال الصّبيّ، وما يحتاج إليه من عقد، وما يتضرّر به.

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين، كتاب المأذون٦: ١٧٣

(٢) ردالمحتار٦: ١٧٣

(٣) Chitty: On Contracts, v.1, p. 220 para 472 etc.

www.besturdubooks.wordpress.com



٥٤– سنّ التمييز

أمّا سِنُّ التّمييز، فقد حدّده بعضُ الفقهاء بسبع سنين، كما ذكره الحصكفيّ في الدّرّ المختار، وحكاه ابن عابدين عن فتاوى قارئ الهداية.[١] والظّاهرُ أنّهم ذلك بما رُوي عن النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: "مُروا أولادكم بالصّلوة وهم أبناءُ سبع."[٢] ولكنّ مُعْظَم الفقهاء لم يُقيّدوا التّمييز فى المعاملات بسنّ معيّن، فإنّ أحوالَ الصّبيان تختلف فى التّمييز. فمنهم من يعقِل المعاملات فى سنّ أبكر، ومنهم من لايعقِلها إلاّ فى سنّ متأخّر، فالعمدةُ فى ذلك نُضْجُ تفكيره، وليس عمراً معيّنا. وماذكره فى الدّرّ المختار إنّما هو فى العُمر الذي يُعتبر فيه إسلامُ الصبيّ، و أعقبه ابنُ عابدين بنقلٍ عن العناية، حيث فسّر الصبيّ العاقل بمن يعقل المنافعَ والمضارّ، وأنّ الإسلام هُدًى واتّباعُه خيرٌ له، وأنّ ابنَ الهمام فسّره فى فتح القدير بمن يعقل صفة الإسلام. ثمّ إنّ الحصكفيّ نفسه حينما تكلّم فى كتاب المأذون عن كون الصبيّ مميّزاً فى المعاملات، لم يقيّده بسنّ مخصوص، وإنّما قال:

"والشّرطُ لصحّة الإذن أن يعقلا البيعَ سالباً للملك عن البائع، والشّراءَ جالباً له. زاد الزّيلعي: وأن يقصد الرّبحَ ويعرف الغبْن اليسير من الفاحش."[٣]

٥٥– وليّ إذن الصبيّ فى المعاملات

والّذى يملك إذنَ الصبيّ بالمعاملات عند الحنفيّة هو أبوه، ثمّ وصيُّ الأبِ بعد موت الأب، ثمّ وصيُّ وصيّه، ثمّ الجدّ الصّحيح، وإن علا، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيُّ وصيّه، ثمّ

---

(١) ردالمحتار، باب صلاة الجنازة، ٥: ٣٢١ فقره ٧٥٥٩

(٢) سنن أبي داود، كتاب الصلاة ٤٩٥

(٣) الدر المختار مع ردالمحتار، كتاب المأذون ٦: ١٧٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الوالى، ثمّ القاضى.[١] وقال الحنابلة: "ولا ينظُر فى مال الصّبيّ والمجنون ما داما فى الحجْر إلاّ الأبُ أو وصيّه بعده، أو الحاكم عند عدمهما."[٢] ووافقهم المالكيّة فى أنّ ولايةَ الصّغير فى المال لايتعدّى الأبَ ووصيَّه إلى الجدّ، ولكنّهم قالوا: إن لم يوجد الأب أو وصيُّه، فالولاية للحاكم أو جماعة المسلمين.[٣] وذلك على أصلهم أنّ عند عدم حاكم مسلم عادل، تقوم جماعةٌ من المسلمين مقامَه فى كثير من الأمور.

ويجوز عند الحنفيّة والمالكيّة أن يكونَ الإذنُ دلالةً، كما يجوزُ أن يكونَ صراحةً.[٤] فلو رأى الوليُّ الصبيَّ المميّزَ يبيع ويشترى ولم يَنْهه عن ذلك، فإنّه إذنٌ دلالةً. ولكن لابُدّ من الفرق بين الإذن والاستخدام. فقد ذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّه لو أمره بشراء شيئٍ بعينه كالطّ ، لا يكون مأذوناً له، لأنّه استخدام.[٥]

وهذا الإذن عندأكثر الحنفيّة لايقبل التّخصيص. فإذاأذن الوليّ للصّغير بنوعٍ من البيع، و قيّده ببضاعةٍ أو سوقٍ أو زمانٍ مخصوص، أصبح الصّغيرُ مأذوناً إذناً عامّاً في جميع أنواع البضاعات وغيرها، إلاّ أن يحجُره الوليّ من جديد. وذلك لأنّ الإذن عندهم إسقاطٌ للحَجْر، وإنّ الإسقاط لايقبل التّقييد.[٦]

أمّا الحنابلة وزفر رحمه الله تعالى من الحنفيّة، فالإذنُ عندهم يقبل التّقييد، فلا يكون

---

(١) الدرّ المختار مع ردّالمحتار٦: ١٧٤

(٢) المغنى لابن قدامة، كتاب الحجْر ٤: ٥٢٦

(٣) الشرح الكبير للدّردير مع الدّسوقيّ، باب فى بيان أسباب الحجر ٣: ٢٩٢ و٢٩٣

(٤) الشرح الكبير للدّردير مع الدّسوقيّ ٣: ٢٩٤

(٥) ردّالمحتار، كتاب المأذون ٦: ١٥٨

(٦) ردالمحتار كتاب المأذون،٦: ١٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com



الصبيُّ مأذوناً إلاَّ فى النّوع الذى أذِن له الوليّ فيه، لأنّ الإذنَ عندهم توكيل، وهو يقبل التّقييد. قال شمس الدّين ابن قدامة رحمه الله تعالى :

"ولاينفكّ عنهما الحَجْر إلاَّ فيما أذِن لهما فيه، وفى النّوع الّذي أُمرا به، لأنّ تصرُّفَه إنّما جاز بإذن وليّه وسيّده، فزال الحَجْر فى قدر ما أذِنا فيه دون غيره، كالتّوكيل،...وإن عيّن له نوعاً من المال يتّجرُ فيه، لم يكن له أن يتّجرَ في غيره، وبهذا قال الشّافعيُّ (يعني فى العبد) وقال أبو حنيفة: يجوز أن يتّجرَ فى غيره، وينفكُّ عنه الحجرُ مطلقاً، لأنّ إذنَه إطلاقٌ من الحَجْر وفكٌّ له، والإطلاق لا يُبعَّض كبلوغ الصّبيّ. ولنا أنّه متصرِّفٌ بالإذن من جهة الآدميّ، فوجب أن يختصّ ما أذن له فيه كالوكيل والمضارِب، وما قاله ينتقض بما إذا أذن له في شراء ثوبٍ ليَلبَسَه أو طعامٍ ليأكُلَه، ويخالفُ البلوغَ، فإنّه يزول به المعنى الموجِب للحَجر، فإنّ البلوغَ مظنّة كمالِ العقل الّذى يتمكّن به من التّصرُّف على وجه المصلحة، وههنا الرّقّ سببُ الحجر، وهو موجودٌ، فنظيرُ البلوغ فى الصّبيّ العتقُ للعبد، وإنّما يتصرّف العبدُ بالإذن، ألا تَرَى أنّ الصبيّ يستفيد بالبلوغ قبولَ النّكاح بخلاف العبد.[1]

وهذاالموقف رجّحه الشّيخ مصطفى الزّرقاء رحمه الله تعالى،[2] وهو الّذى يبدو أوفق بمصالح الصّبيّ.

(١) الشرح الكبير على متن المقنع مع المغنى ٤: ٥٣٣ و ٥٣٤

(٢) المدخل الفقهيّ العامّ ٢: ٨١٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٦- بيع السّكران

أمّا السّكران، فهو على قسمين: الأوّل مَن لايعقل شيئاً بسبب السّكر. فهو فى حكم المجنون، لاينعقد بيعه. قال ابن رشد رحمه الله تعالى:

"سكران لا يعرف الأرض من السّماء، ولا الرّجل من المرأة، فلا خلافَ أنّه كالمجنون فى جميع أحواله وأقواله فيما بينه وبين الله وفيما بينه وبين النّاس إلاّ فيما ذهب وقته من الصّلوات." (١)

وإنّ هذا القسم من السُّكر هو الّذى أوجب فيه الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى حدّ السّكر (أى من غير الأشربة الأربعة)، ولكنّ الظّاهر أنّه لاتصحّ عقوده فى هذه الحالة، لأنّ الفقهاء فسّروا تعريفه للسّكران باقتصاره على وجوب حدّ السّكر فقط. (٢)

والقسم الثانى من السّكران هو الّذى يختلط ويهذى فى كلامه وأفعاله، وعنده نوع من التّمييز، ففى انعقاد بيعه خلاف. قال ابن رشد رحمه الله تعالى:

"والثّانى:السّكران المختلط الّذى معه بقيّةٌ من عقله. فاختلف أهل العلم فى أقواله وأفعاله على أربعة أقوال:

أحدُها أنّه كالمجنون، فلا يُحدّ، ولايُقتصّ منه، ولا يلزمه بيع، ولا عتق، ولا طلاقٌ، ولا شيئ من الأشياء. وهو قول محمّدبن عبد الحكم، وأبى يوسف، واختاره الطّحاويّ.

---

(١) حكاه عنه الحطّاب فى مواهب الجليل ٤: ٢٤٢

(٢) راجع التقرير والتحبير لابن أميرحاج ٢: ١٩٤ وردالمحتار ٩: ١٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والثّانى: أنّه كالصّحيح، لأنّ معه بقيّة من عقله. وهو قول ابن نافع أنّه يجوز عليه كلُّ ما فعل من بيع أو غيره. وهو مذهبُ الشّافعيّ[1] وأبى حنيفة.[2]

والثّالث: تلزمه الأفعال، ولا تلزمه الأقوال، فيُقتل بمن قتل، ويُحدّ فى الزّنا والسّرقة، ولايُحدّ فى القذف، ولايلزمه طلاق، ولاعتق. وهو قول اللّيث.
والرّابع: تلزمه الجنايات، والعتق، والطّلاق، والحدود، ولايلزمه الإقرارات والعقود. وهو مذهب مالك وعامّة أصحابه. وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصّواب."[3]

والواقع أنّ السّكر له درجات مختلفة كما هو ظاهر، ويصعب الحكم الكلّيّ على جميع الدّرجات. والعمدة فى مسئلة البيع هو صحّة القصد والرّضا. فإن ثبت أنّه عقد البيع وهو يعقل معنى البيع ونتائجه، يصحّ بيعه. وأمّا إذا ادّعى أنّه عَقده فى حالة لايعقل فيها معناه ونتيجتَه، فعليه الإثبات، واكتفى المالكيّة فيه بحلفه،[4] والظّاهر من أصول الحنفيّة أنّ عليه البيّنة. والأمر فى مثل ذلك موكول إلى القضاء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) قال النوويّ رحمه الله تعالى: "وأمّا السّكران، فالمذهب صحّة بيعه وشراءه وسائر عقوده التى تضرّه والتى تنفعه" (المجموع شرح المهذّب ٩: ١٥٥)

(٢) بيعه صحيح عند الحنفيّة إن لم يكن غالب كلامه هذيانا. قال ابن أميرحاج: "المراد أن يكون غالب كلامه هذياناً، فلو نصفُه مستقيماً، فليس بسُكر، فيكون حكمه حكم الصُّحاة فى إقراره بالحدود وغير ذلك." (التقرير والتحبير ٢: ١٩٤)

(٣) حكاه عنه الحطّاب فى مواهب الجليل ٤: ٢٤٢

(٤) مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٤١ و٢٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

٥٧- البيع من قِبل الشّخصيّة المعنويّة

قدشاع فى عصرنا اصطلاح "الشّخصيّة المعنويّة". وقد يُقال لها "الشّخصيّة الحُكميّة" أو "الشّخصيّة الاعتباريّة". والمراد منها جهةٌ ليست شخصاً حقيقيّاً، ولكن تؤول حقوقُها وفرائضُها إلى مجموعةٍ من الأشخاص الحقيقيّين، فأُعطِيَ لها حكمُ الشّخص الحقيقيّ فى أنّها تتملّك الأشياءَ وتُملّكُها وتكون دائنةً ومديونةً. وإنّ فكرةَ هذه الشّخصيّة منبثقةٌ من مبدأ منطقيّ معروف، وهو أنّ مجموعةَ أفرادٍ لها وجودٌ حكميٌّ مستقلٌّ عن وجود الأفراد. ويكون لهذه الشّخصيّة المعنويّة ممثّلٌ يعقِد البيعَ والشّراءَ والإقراض والاستقراض نيابةً عنها. فإذا اعترف القانون بكونها شخصيّةً حكميّة، يُقال لها "الشّخصيّة القانونيّة"(juristic person or juristic entity) أيضاً. فـ"الشخصيّة المعنويّة" عامٌّ، و"الشّخصيّة القانونيّة" خاصّ.

وبما أنّ هذا الاصطلاح ليس له ذكرٌ فى أكثر كتب الفقه القديمة، فقد زعم بعضُ العلماء المعاصرين أنّ مثلَ هذه الشّخصيّة لااعتبارَ لها فى الشّريعة أصلاً. والواقعُ أنّ هذا التّصوّر، وإن كان غيرَ مذكور فى أكثر كتب الفقه بهذا الاسم والاصطلاح، فإنّ مدلولَه غيرُ أجنبيّ عن الفقه الإسلاميّ. وله عدّةُ نظائر:

٥٨- كون بيت المال شخصيّة معنويّة

النّظير الأوّل: بيتُ المال، فإنّه ليس مملوكاً لأحد، بل فيه شركةُ حقٍّ لجميع أفراد الأمّة. وإنّ بيت المال يتملّك ويُملّك، ويستدين، ويُستدان.

ويدلّ على ذلك ما قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

www.besturdubooks.wordpress.com

"وبيت المال يثبُت له وعليه حقوقٌ مجهولة"[١]

وليس معنى ثبوت الحقوق له وعليه إلاّ أنّه يصحّ كونه دائناً و مديونا، وهو معنى كونه شخصاً معنوياً.

وقال السّرخسيّ رحمه الله تعالى في موضع آخر:

"إذا احتاج الإمامُ إلى إعطاء المقاتِلة، ولامالَ في بيت مال الخراج، صَرَف ذلك من بيت مال الصّدقة، وكان دَيناً على بيت مال الخراج، لأنّ الصّدقةَ حقُّ الفقراء والمساكين. فإذا صرفَ الإمامُ منها إلى غير ذلك للحاجة، كان ذلك دَيناً لهم على ما هو حقُّ المصروف إليهم، وهو مالُ الخراج."[٢]

وأصرحُ منه ما جاء في الفتاوى الهنديّة:

"فعلى الإمامِ أن يجعل بيتَ المال أربعةً، لكلٍّ نوعٍ بيتًا، لأنّ لكلّ نوعٍ حُكماً يختصُّ به، لا يُشاركُه مالٌ آخرُ فيه، فإن لم يكن في بعضِها شيءٌ، فللإمام أن يَستقرضَ عليه ممّا فيه مالٌ، فإن استقرض من بيت مال الصّدقة على بيت مال الخراج، فإذا أخذ الخراجَ يَقضِي المستقرَضَ من الخراج، إلاّ أن يكون المقاتِلةُ فقراءَ؛ لأنّ لهم حظّاً فيها، فلا يصير قرضاً، وإن استقرض على بيت مال الصّدقات من بيت مال الخراج وصرَفه إلى الفقراء، لا يصير قرضاً عليهم، لأنّ الخراجَ له حكمُ الفَيْءِ والغنيمةِ وللفقراءِ حظٌّ فيها، وإنّما لا

(١) المبسوط للسّرخسيّ ١٤: ٣٣ كتاب الصّرف، باب البيع بالفلوس

(٢) المبسوط للسّرخسيّ ٣: ١٨ كتاب الزكوة، باب ما يُوضع فيه الخُمس.

www.besturdubooks.wordpress.com

يُعطَى لهم لاستغنائهم بالصّدقاتِ."[١]

وهذا يدلّ على أنّ بيتَ المال و أنواعَه المختلفة تُصبح دائنةً ومدينة. وظاهرٌ أنّ كونَ الفقراء لهم الحقُّ في بيت مال الصّدقة لايعني أنّ فئةً معيّنةً منهم يملكونه. وإنّما المقصود أنّ بيتَ المال يملك مالَ الصّدقة بصفة كونه شخصاً حكميّاً يُمثّل الفقراء لا على التّعيين.

فإن قيل: إنّ من شرائط صحّة العقد أن يكون المتعاقدان عاقلَين مميّزين، والشّخص المعنويّ ليس كذلك، فكيف يتعاقد مع الأشخاص الحقيقيّين؟ فالجواب أنّ الّذي يُشترط فيه العقل والتّمييز هو إنشاءُ العقد بتلفّظ الإيجاب والقبول أو بالتّعاطي. وحينما يُنشَأ عقدٌ لشخصٍ معنويّ، فإنّ ممثّله، مثل الوالي في بيت المال، هو الّذي يُباشر ذلك نيابةً عن الشّخص المعنويّ الّذي هو بيتُ المال. وإنّهُ مثلُ وليّ اليتيم في إجراء التّصرّفات بالنّيابة عنه. وقد صرّح بذلك سيّدُنا عمر بن الخطّاب رضي الله تعالى عنه فيما أخرجه سعيد بن منصور عن أبي الأحوص، عن أبي إسحق، عن البراء رضي الله تعالى عنه، قال: قال لي عمر:

"إنّي أنزلتُ نفسي من مال الله بمنزلة وليّ اليتيم. إن احتجتُ أخذتُ منه، وإن أيسرتُ، رددتُه، وإن استغنيتُ، استعففتُ."[٢]

---

(١) الفتاوى الهندية ١: ١٩١، كتاب الزكوة، الباب ٧

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى في ترجمة يرفأ حاجب عمررضي الله تعالى عنه. (الإصابة، القسم الثالث من حرف الياء ٣: ٦٧٣) وأخرجه أيضا ابن سعد في طبقاته ٣: ٢٥٦ في ذكر استخلاف عمر رضي الله تعالى عنه، وابن عساكر في تاريخ دمشق، ترجمة عمربن الخطّاب رضي الله تعالى عنه ٤٤: ٢٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com



فجعل سيّدُنا عمر رضى الله تعالى عنه مالَ بيت المال "مال الله" لأنّه ليس مِلكاً لأحد، وفيه حقٌّ لسائر أفراد الأمّة. فجعل بيتَ المال بمنزلة اليتيم حُكماً، وجعل نفسَه بمنزلة وليّ اليتيم.

٥٩- كون المسجد شخصيّة معنويّة

والنّظير الثّانى: هو المسجد. وقد ذكر الفقهاءُ أنّ المسجد أهلٌ للتّملّك. قال الخُرشيّ رحمه الله تعالى:

"يُشير بهذا إلى أنّ الموقوفَ عليه يُشترط فيه أن يكون أهلاً للتّملّك حُكماً كالمسجد، أو حِسّاً، كالآدميّ."(١)

ولامعنى لكونه أهل التّملّك حكماً أنّه فى حُكم الآدميّ فى كونه أهلاً للتّملّك. والتّملّك من لوازمه أن يكون صالحاً لكونه دائناً ومديناً. وقال الرّمليّ رحمه الله تعالى من الشّافعيّة:

"قال أوصيتُ به للمسجد، وإن أراد تمليكَه لما مرّ فى الوقف أنّه حُرٌّ يَمْلِك، أي منزّلٌ منزلتَه."(٢)

وهذا تصريحٌ منه رحمه الله تعالى بأنّ المسجدَ منزّلٌ منزلةَ الشّخص الحُرّ فى أهليّته للتّملّك. ولا معنى للشّخصيّة المعنويّة إلاّ ذلك.

وكذلك جاء فى الفتاوى الهنديّة:

---

(١) الخرشيّ على مختصر سيّدى خليل ٧: ٨٠

(٢) نهاية المحتاج، كتاب الوصايا والوديعة، ٦: ٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"ولو قال وهبتُ داري للمسجد أو أعطيتُها له، صحّ ويكونُ تمليكاً، فيُشترطُ التّسليم، كما لوقال: وقفتُ هذه المائة للمسجد، يصحّ بطريق التّمليك إذا سلّمه للقيّم."[1]

وجاء فيها أيضاً:

"إنّ متولّيَ المسجد إن اشترى من غلّة المسجد داراً أو حانوتاً، فهذه الدّار أو الحانوت هل تلتحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد؟ ومعناه أنّه هل تصيرُ وقفاً؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى. قال الصّدر الشّهيد رحمه الله تعالى: المختارُ أنّها لاتلتحق، ولكن تصير مستغَلاً للمسجد."[2]

وجاء فيها أيضاً:

"مالٌ موقوفٌ على سبيل الخير وعلى الفقراء بغير أعيانهم، ومالٌ موقوفٌ على المسجد الجامع، واجتمعت من غلاّتها، ثمّ نابت الإسلامَ نائبةٌ، مثل حادثة الرّوم، واحتيج إلى النّفقة فى تلك الحادثة. أمّا المال الموقوفُ على المسجد الجامع إن لم تكن للمسجد حاجةٌ للحال، فللقاضى أن يصرفَ فى ذلك، لكن على وجه القرض، فيكونُ دَيناً فى مال الفيئ."[3]

وفيه صراحةٌ لكون المسجد دائناً، وبيت مال الفيئ مديناً.

---

(١) الفتاوى الهندية ٢: ٤٦٠ كتاب الوقف، باب ١١

(٢) الفتاوى الهنديّة، ٢: ٤١٧ و٤١٨ الباب الخامس من الوقف

(٣) الفتاوى الهنديّة، كتاب الوقف، آخر الباب الحادى عشر ٢: ٤٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com



٦٠- کون الوقف شخصیّةً معنویّة

والنّظیر الثّالث: الوقفُ، فإنّه أهلٌ للتّملّك والتّملیك، وكونه دائناً ومدیوناً. ویظهر ذلك من بقیّة عبارة الهندیّة المذكورة آنفاً المتعلّقة بصَرْف غلّة الوقف لنائبة، وهي:

"وأمّا المالُ الموقوفُ على الفقراء، فهذا على ثلاثة أوجه...وفی القسم الثانی یُصرف على وجه القرض، فیصیر دَیناً فی مال الفیئ. كذا فی الواقعات الحُسامیّة."[١]

وقد یُستشكل أنّ الفقهاءَ الحنفیّةَ ذكرُوا أنّ الوقف لا ذمّةَ له، فإنّه بظاهره نفيٌ صریحٌ لكون الوقف شخصیّةً معنویّةً. ولكن لو تأمّلنا السّیاق الّذی وقع فیه نفيُ الذّمّة للوقف، لَتبیّن أنّهم ذكروا ذلك على سبیل إشكالٍ عقليٍّ على الاستدانة على الوقف، وأنّ هذا مقتضی القیاس، ولكنّهم أجازوا بعد ذلك الاستدانةَ على الوقف بشروطٍ للضّرورة، ومعنی ذلك أنّهم أقرّوا ذمّتَه استحساناً للضّرورة. جاء فی الدُّر المختار: "لا تجوز الاستدانةُ على الوقف إلاّ إذا احتیج إلیه لمصلحة الوقف إلخ". وقال ابن عابدین رحمه الله تعالى تحته:

"(قوله: لا تجوز الاستدانة على الوقف) أي إن لم تكن بأمر الواقف، وهذا بخلاف الوصيِّ، فإنّ له أن یَشتريَ للیتیم بنسیئةٍ بلاضرورة، لأن الدَّین لا یثبت ابتداءً إلّا فی الذّمّة، والیتیمُ له ذمّةٌ صحیحةٌ، وهو معلوم فتُتَصَوَّرُ مطالبتُه، أمّا الوقف فلا ذمّةَ له، والفقراءُ وإن كانت لهم ذمّةٌ لكن لكثرتهم لا تُتَصَوَّر مطالبتُهم، فلا یثبت إلّا على القیّم، وما وجب علیه لا یملك قضاءَه

(١) الفتاوى الهندیّة، ٢: ٤٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

من غلّة للفقراء، ذكره هلال."

وهذا إشكالٌ عقليٌّ يُوجِب أن لا يجوز الاستدانةُ للوقف في حالٍ من الأحوال، وأن لا يجوزَ للقيّم إذا استدان للوقف أن يرجع على غلّةِ الوقف. ولكن قال ابن عابدين رحمه الله تعليقاً عليه:

"وهذا هو القياس، لكنّه تُرك عند الضّرورة كما ذكره أبو اللّيث، وهو المختار أنّه إذا لم يكن من الاستدانة بُدٌّ تجوز بأمر القاضي إن لم يكن بعيداً عنه."(١)

وما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى اتّفق عليه الفقهاء المتأخّرون من جواز الاستدانة للوقف عند الحاجة بشروط. وليس معنى ذلك إلّا أنّ قياسَ كونِ الوقف لا ذمّةَ له تُرِك لمصلحة الوقف، فاعتُبرت للوقف ذمّةٌ. ثمّ إنّ بعضَ الفقهاء حاولوا أن لايخرُجوا من قياس كون الوقف لا ذمّةَ له بقدر الإمكان، ففسّروا جوازَ الاستدانة عند الضّرورة بأنّ الّذى يستدين هو القيّم، وهو الّذى يقضِي الدّينَ من ماله، ثمّ يرجعُ على غلّة الوقف. ولعلّهم اختاروا هذا الطّريقَ ليكونَ الدائنُ والمدينُ هو القيّم، لا الوقف. ولكنّ هذا التّوجيه فيه إشكالان قويّان:

الأوّل: أنّه لو تقرّر أنّ الدّينَ فى ذمّة النّاظر، وليس فى ذمّة الوقف، فلو عُزل ذلك النّاظر وجاء ناظرٌ آخر، فلا يُمكن مطالبةُ النّاظر الثّاني، ويجب أن تتّجهَ المطالبةُ دائماً إلى النّاظر الأوّل الّذى عَقَد الاستدانة. ولو مات، تَنتقلُ المطالبةُ إلى ورثته، وهذا باطلٌ بداهةً.

---

(١) رد المحتار مع الدر المختار ١٣: ٦٦٦ و٦٦٧ فقره ٢١٧٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والإشكالُ الثّانی: أنّ هؤلاء الفقهاءَ متّفقون على أنّه إذا أدى النّاظرُ الدَّينَ إلى الدّائن من ماله، فإنّه يحِقّ له الرُّجوعُ على غلّة الوقف. وهذا يُنافی كونَه لا ذمّةَ له، لأنّ القياس الّذي ذكره هلال رحمه الله تعالى (والّذی نقلناه عن ابن عابدين رحمه الله تعالى) يُصرّح بأنّ الدّينَ لا يثبت إلّا على القيّم، "وما وجب عليه لا يملك قضاءه من غلّة للفقراء." فلمّا ثبت له الرّجوعُ على غلّة الوقف، فليس ذلك إلاّ لأنّه مَدينٌ للنّاظر، فانتقض القولُ بأنّه لا ذمّةَ له.

ومن الفقهاء مَن لم يذهب إلى هذا التّأويل، بل جعل الوقفَ نفسَه مديناً بصفةٍ مباشِرة. ويتبيّن ذلك ممّا ذُكر فی تنقيح الحامدية:

"فی ناظرٍ على مسجد، وللمسجد وقفٌ، فأذِن النّاظر لِحَصَرِيٍّ أن يكسُوَ المسجد، ويكونَ ثمنُ الحصير من رَيع الوقف، ففعل وعُزل النّاظر. ثمّ تولّى ناظرٌ، وهو إلى الآن ناظر، والحالُ أنّ النّاظر الأوّلَ لم يتناولْ من رَيع الوقف شيئاً، فهل يلزم النّاظرَ الثّانِيَ تخليصُ حقّ الحَصَرِيّ لأنّ حقَّه معلّقٌ بريع الوقف؟، أم يلزمُ النّاظرَ الأوّلَ. الجواب للشّيخ ناصر الدين اللّقانيّ: يلزم النّاظرَ الثّانِيَ تخليصُ حقّ الحصريّ، ودفعُه له من رَيع الوقف، ولا يلزم ذلك النّاظرَ الأوّلَ، حيث عُزل. ووافقه سيّدی الجدّ والشّيخ تقيّ الدين الحنبلي تغمّدهما الله تعالى برحمته. فتاوی الشّلبي من الوقف."[(١)]

وهذا يدلّ على أنّ الثّمن كان فی ذمّة الوقف منذ البداية، وكان النّاظرُ الأوّل عاقداً بالنّيابة عنه، ولمّا جاء النّاظرُ الآخر، والدَّينُ باقٍ فی ذمّة الوقف، وجبَ على النّاظر الثّانی

(١) تنقيح الفتاوی الحامدية، كتاب الوقف ١: ٢٢٢ و ٢٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

تخليصه، لأنّه الآن متولٍّ للوقف، رغْمَ أنّه لم يكن طرفاً فى الاستدانة.

والحاصلُ أنّ إجازةَ الاستدانة على الوقف، بأيّ شرطٍ كان وفى أيّ حالٍ كان، اعترافٌ بأنّ له ذمّةً فى تلك الحالة، وأنّه يُصبح مديناً، وهذا هو معنى كونه شخصيّةً معنويّة.

ويتّضح من هذه النّظائر أنّ تصوّر الشّخصيّة المعنويّة أو الحُكميّة، وإن لم يُذكر بهذا الاسم (إلاّ فى عبارة الرّمليّ رحمه الله تعالى) ولكنّ مدلولَه موجودٌ فى عدّة مسائل فقهيّة.

فإن وقع عقدٌ من شخصيّة حكميّة، فلا يُمكنُ أن يكون إنشاءُ العقد من قِبَلها لكونها شخصيّةً اعتباريّةً لا تعبيرَ لها. فإنّ الّذى يقومُ بإنشاء العقد نيابةً عنها هوالشّخصُ الحقيقيّ المخوّلُ بذلك شرعاً أو عُرفاً. فالمخوّل بذلك فى بيت المال هو الإمامُ أو مَن خوّله الإمامُ بذلك، وفى المسجد والأوقاف الأخرى المتولّى أو النّاظر. ولكنّهم يَعْقِدون بالنّيابة عن تلك الشّخصيّة المعنويّة، ولذلك ترجع آثارُ العقد وحقوقُه والتزاماتُه إلى تلك الشّخصيّة المعنويّة، وليس إلى الشّخص الحقيقيّ الّذى تولّى العقد. وهذا مثلُ وليّ الصّبيّ، كما ذكره سيّدنا عُمر بن الخطّاب رضى الله تعالى عنه فى قوله الّذى ذكرناه فى بداية هذا البحث.

وقد كثُرت فى القوانين الوضعيّة المعاصرةِ الشّخصيّاتُ المعنويّة، مثلُ الشّركات المُساهمة (joint stock companies)، والجهات الاجتماعيّة الأخرى (corporations) . وإنّ إنشاءَ العقود من قِبلها إنّما يتمّ من قِبل الّذين فُوّض إليهم الحقُّ فى ذلك.

www.besturdubooks.wordpress.com



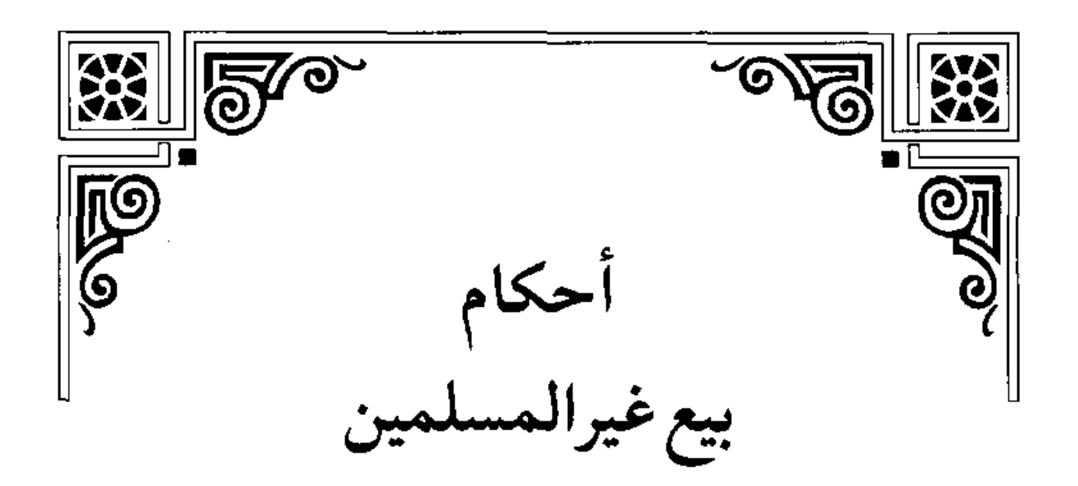
٦١- تنبيه:

ما ذكرناه فى موضوع الشّخصيّة المعنويّة يقتصرعلى بيان حُكمها فى إنشاء العقود، وكونها صالحةً للتّملّك، وكونها دائنةً أو مدينة. وإنّ القوانين الوضعيّة قد أعطتْها خصائصَ أخرى، وليس المرادُ من الاعتراف بوجودها المعنويّ أنّ إثباتَ جميع الخصائص الّتى تمنحها القوانين الوضعيّة مقبولةٌ شرعاً، بل تجب دراستُها مستقلّةً حسبَ مبادئ الشّريعة الإسلاميّة وأحكامِها، وليس هذا موضعَ تفصيلها. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٦٢- بيع العبد

و حُرّيةُ المتعاقدين ليست بشرطٍ لصحّة العقد، فيجوزُ بيعُ العبد وشراؤُه إذا كان مأذوناً من قِبَل مولاه. وينطبق عليه أحكامُ الصّبيّ المأذون حسبما ذكرناه من قبل، غيرَ أنّه ليس فى صحّة بيعه خلافٌ للإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى، كما كان فى الصّبيّ المميِّز. وإنّ مأذونيّةَ العبد تتقيّد عنده بما قيّده المولى على رأي زفر والحنابلة فى الصّبيّ.

www.besturdubooks.wordpress.com



أحكام بيع غيرالمسلمين

٦٣- بيع غيرالمسلمين

وكذلك لايُشترط لصحّة البيع إسلامُ المتعاقدين. فيصحّ البيعُ والشّراؤ من غيرمسلم، سواء أكان ذمّيًا، أم حربيًا، أو مستأمنًا.

ولكن منع بعضُ الفقهاء من مُبايعته لبعض العوارض، لا لكونه غيرَ أهلٍ للتّعاقُد. وإنّ هذه العوارضَ إمّا لكون العقد يؤدّى إلى إذلال مسلم، أو إهانةِ مقدّساتٍ إسلاميّة، أو إعانةِ المحارب على محاربته للمسلمين، أو معارَضة المصالح السّياسيّة للإسلام والأمة المسلمة. ولنتكلّم على كلّ واحدٍ منها بشيئٍ من التّفصيل، والله سبحانه هوالموفق:

٦٤- بيع العبد المسلم من الكافر

أمّا البيعُ الّذى مَنعه بعضُ الفقهاء من أجْل أنّه يؤدّى إلى إذلال مسلم، فهو بيعُ العبدِ المسلمِ من الكافر، و فيه اختلافٌ بين الفقهاء، ولكن لا داعيَ لتفصيل مذاهبهم وأدلّتهم هنا، لأنّه لايوجد اليوم عبيد وإماء بطريقة شرعيّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

٦٥- بيع المصحف من غير مسلم

أمّا منعُ البيعِ من غير المسلمين لما فيه من إهانةِ المقدّسات الإسلاميّة، فيندرج فيه بيعُ المصحفِ وكتبِ التّفسير والحديث والفقه من غير مسلم. فقال الشّافعيّ: بيعُ المصحف من الكافر باطل؛ وهو قول الحنابلة. أمّا الحنفيّة والمالكيّة، فقالوا: البيعُ صحيحٌ، ويؤمَر بإخراجه عن مِلكه.[١]

قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وعلى هذا الخلافِ الكافرُ إذا اشترى مصحفاً، لا يصحّ الشّراؤ عند الشّافعيّ، لأنّه يستخِفّ به فيرجع ذلك إلى إذلال المسلمين. وعندنا يصحّ شراؤه، لأنّه ليس في عين الشّراء من إذلال المسلمين شيءٌ، وكلامُنا فى هذا الفصل أظهر، فالكافرُ لا يستخِفّ بالمصحف، لأنّه يعتقد أنّه كلامٌ فصيحٌ، وحِكَمُه بالغة، وإن كان لا يعتقد أنّه كلامُ الله عزّ وجلّ، فلا يستخِفّ به، ثمّ يُجْبر على ...بيع المصحف، لأنّه لا يعظِّمُه كما يجب تعظيمُه، وإذا تُرك فى مِلْكه يمسُّه وهو نجس، وقال الله تعالى: إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ (التّوبة: ٢٨) وقال الله تعالى فى القرآن: لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ (الواقعة: ٧٩) فلهذا يُجبر على بيعه من المسلمين."

والأصلُ فى هذاالباب حديثُ عبدالله بن عمر رضى الله عنه:

"أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدوّ."

---

(١) المهذب، ١:٢٦٧ والمغنى لابن قدامة، ٤:١٧٨ والمبسوط للسرخسي، ١٣:١٣٣ والدسوقي على شرح مختصر خليل ٣:٧

www.besturdubooks.wordpress.com

أخرجه البخاريّ، وأخرجه مسلم، وزاد: "فإنّي لا آمَنُ أن يناله العدوّ."[1] فحذّر رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن وقوع المصحف بأيدي الكفّار. وعلّله أكثرُ الفقهاء بأنّه يُخشى منهم إهانتُه. ولكن علّله الطحاويّ رحمه الله تعالى بعلّةٍ أخرى، كما حكى عنه السّرخسيّ، حيث قال في شرح هذا الحديث:

" تأويله: هذا أن يكونَ سفرُه مع جريدة خيلٍ لا شوكةَ لهم. هكذا ذكر محمّد رحمه الله تعالى. وذكرالطحاويّ أنّ هذا النّهيَ كان في ذلك الوقت، لأنّ المصاحفَ لم تكثُرْ في أيدي المسلمين، وكان لايؤمَن إذا وقعت المصاحف في أيدي العدوّ أن يفوتَ شيءٌ من القرآن من أيدي المسلمين، ويؤمَن مِن مثله في زماننا، لكثرة المصاحف وكثرة القرّاء. قال الطّحاويّ: ولو وقع مصحفٌ في يدهم لم يستخِفّوا به، لأنّهم وإن كانوا لايُقِرّون بأنّه كلام الله، فهُم يُقِرّون بأنّه أفصحُ الكلام بأوجزِ العبارات وأبلغ المعاني فلا يستخِفّون به، كما لا يستخِفّون بسائر الكتب. لكنّ ما ذكره محمّدٌ أصحّ، فإنّهم يفعلون ذلك مغايظةً للمسلمين؛ وقد ظهر ذلك من القرامطة حين ظهروا على مكّة جعلوا يستنجُون بالمصاحف إلى أن قطع الله دابرَهم. ولهذا مُنع الذمّيّ من شرى المصحف وأُجبر على بيعه ،كماأجبر على بيع العبد المسلم."[2]

ويظهر من التّعليلات الّتي ذكرها الفقهاءُ أنّ المنْعَ لما يُخشى منهم من إهانة المصحف، واستنبطوا من ذلك منعَ تمكّنهم من تملّك المصحف. ثمّ إنّ الشّافعيّة

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب١٢٩ ، وصحيح مسلم،كتاب الإمارة باب ٢٤

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ١:٢٠٥، فقره٢٤٦

www.besturdubooks.wordpress.com



والحنابلة جعلوا مجرّد تملّكهم فى حكم الإهانة، وأمّا الحنفيّة والمالكيّة، فلم يرَوا إهانةً فى مجرّد تملّكهم، ولكن أمروهم بإزالة الملك، لأنّ بقاءَ المصحف فى أيديهم ربّما يؤدّى إلى الإهانة، فإنّهم لا يعظّمونه كما هو حقّه، ويمسّونه بدون طهارة. ولكنّ هذا التّعليلَ الّذى ذكره الحنفيّة على وجه الخصوص يدلّ على أنّه إذا وقع الأمنُ من هذه المحظورات، فلا مانعَ من بقاءه فى أيديهم إذا رُجيَ منهمُ الإسلام. ولذلك جوّز الحنفيّة والشّافعية[1] تعليمَ الكافرِ القرآن. قال الإمام محمّد فى السّير الكبير:

"وإذا قال الحربيّ أوالذمّيّ للمسلم: علّمْنى القرآن، فلابأسَ بأن يُعلّمه أو يفقّهه فى الدين. لعلّ الله يقلّب قلبَه."

وقال السّرخسيّ فى شرحه:

"ألا ترى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم كان يقرأ القرآن على المشركين، وبه أمر. قال الله تعالى: يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ [المائدة : ٦٧]... وفى حديث عثمان رضى الله عنه أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: خيرُ النّاس مَنْ تعلّم القرآنَ وعلّمه. ولم يفصِلْ بين تعليم المسلمين وتعليم الكفّار. وإذا كان يُندَب إلى تعليم غير المخاطَبين رجاءَ أن يعملوا به إذا خوطبوا، فلَأن يُندب إلى تعليم المخاطبينَ رجاءَ أن يهتدوا به ويعْملوا كان أولى."[2]

---

(١) روضة الطالبين ٣١١:١٠ والبجيرمي على شرح منهج الطلاب للعلامة زكريا الأنصاري ٤٧:١ وفتح الباري ١٠٧:٦

(٢) المرجع السابق

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال الطّحاويّ رحمه الله تعالى:

"ذكر محمّدٌ عن أبي حنيفة أنّه لابأسَ بتعليم الحربيّ والذمّيّ القرآنَ والفقه، ولم يذكر خلافا...روى حمّاد بن سلمة عن حبيب المعلّم قال: سألت الحسن : أُعلّم أولادَ أهل الذّمّة القرآن؟ قال: نعم، أليسوا يقرأون التّوراة والإنجيل، وهو من كتاب الله؟. قال أبو جعفر: قال الله تعالى: وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ الآية.(التوبة:٦) وروى شعيب ابن أبي حمزة عن الزّهريّ عن عروة أنّ أسامة بن زيد أخبره أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلم مرّ بمجلسٍ فيه عبدالله بن أبيّ ابنُ سلول، وذلك قبل أن يُسلم عبدالله بن أبيّ ابنُ سلول، فإذا في المجلس عبدالله بن أبيّ، فدعاهم رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم إلى الله تعالى وعلّمهم القرآن."[١]

وأمّا مسُّ الكافر المصحفَ، فجوّزه الإمام محمّد بعد الاغتسال. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"ورُوى عن أبي يوسف أنّه لايُترك الكافر أن يمسّ المصحف، لأن الكافر نجس، فيجب تنزيه المصحف عن مسّه. وقال محمّد: لابأس به إذا اغتسل، لأنّ المانعَ هوالحدث، وقد زال بالغُسل؛ وإنما بقيَ نجاسةُ اعتقاده، وذلك في قلبه لافي يده."[٢]

---

(١) مختصر اختلاف العلماء ٣:٤٩٢

(٢) بدائع الصنائع، آداب الوضوء ١:٣٧وراجع أيضا البحر الرائق٨:٢٣١ وردالمحتار ١: ٥٩٢ فقره ١٥٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

ويؤيّد قولَ الإمام محمّد رحمه الله تعالى ما رُويَ عن أنس بن مالك رضى الله عنه فى قصّة إسلام عمربن الخطاب رضى الله عنه. وفيها:

" فلمّا يئس عمر قال: أعطونى هذا الكتابَ الّذى عندكم فأقرأه؛...فقالت أختُه: إنّك رِجْسٌ، ولا يمسّه إلا المطهّرون، فقُمْ فاغتسِلْ أو توضّأْ. قال: فقام عمر، فتوضأ ثمّ أخذالكتاب، فقرأ "طه" حتىّ انتهى إلى قوله: إِنَّنِي أَنَا اللَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدْنِي وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي (طه : ١٤)"[١]

رواه ابن سعد عن إسحاق بن يوسف الأزرق، وهو ثقةٌ من رجال الجماعة،[٢] غير أنّه يرويه عن القاسم بن عثمان البصريّ، وثّقه ابن حبّان و ضعّفه آخرون.[٣]

ويتحصّل من مجموع ما ذكرنا أنّه إذا رُجيَ من كافرٍ الإسلامُ، وأنّه يؤمَن منه الإهانةُ، فلا مانعَ على قول محمّد رحمه الله تعالى أن يُترك المصحفُ بيده. فما ذُكر من قول الحنفيّة القائلين بجواز بيع المصحف من الكافر أنّه يُجبر على إزالة ملكه عنه محمولٌ على عامّة الأحوال الّتى لا يؤمَن منه فيها الإهانة. فينبغى أن تكون الحالةُ الّتى يؤمَن منه ذلك مستثناةً من هذا الحكم.

هذا حكمُ المصحف العربيّ. أمّا تراجمُ القرآن الكريم والتّفاسير، فقد أدخلها بعضُ الفقهاء فى حكم المصحف، وكذلك كتبَ الحديث والفقه على اختلافٍ بينهم فى

---

(١) طبقات ابن سعد ٣:٢٤٨

(٢) تهذيب التهذيب ١:٢٥٧

(٣) ميزان الاعتدال للذهبي ٥٥٠: ٤

www.besturdubooks.wordpress.com

صحّة البيع.[1] والأمرُ في هذه الكتبِ أهون، لأنّه يجوز مسُّها بدون طهارة، فلا وجهَ لمنع إبقاءها بيد الكافر إلاّ خشيةُ إهانتِها منه. فإذا وقع الأمنُ من ذلك، ينبغي ألاّ يُمنع من تملّكها، وخاصّةً إذا رُجِيَ منه أن يميل إلى الإسلام بالاطّلاع على ما فيها من محاسن. والله سبحانه أعلم.

٦٦- بيع السّلاح من غيرالمسلمين

أمّا البيعُ الّذي لايجوز من الكافر لمافيه من إعانته على محاربته للمسلمين، فهو بيعُ السّلاح إلى الحربيّ. وقد اتّفق الفقهاءُ على حُرمته، لما فيه من تقويتهم على محارَبَة المسلمين. ثم اختلفوا: هل ينعقد هذا البيعُ أو يبطل؟ فالمذهب الرّاجح عند الشافعيّة والحنابلة: أنّ بيعَ السلاح من أهل الحرب باطل.[2] أمّا الحنفيّة، فالظّاهر من عبارة الهداية أنّ البيعَ ينعقد رَغْم كونه لايجوز، ونصّها:

"ولا ينبغي أن يُباع السّلاحُ من أهل الحرب، ولا يُجهّز إليهم ...لأنّ فيه تقويتَهم على قتال المسلمين، فيُمنع من ذلك، وكذا الكُراع، لما بيّنّا، وكذا الحديد لأنّه أصلُ السّلاح."[3]

والظّاهر من هذه العبارة أنّ المسلمين يُمنَعون من البيع، وإن كان البيعُ منعقداً. ولو انعقد البيعُ لايُترك أهلُ الحرب أن يحملوا الأسلحةَ المشتراة إلى دارهم. وقد صرّح به السّرخسيّ رحمه الله تعالى حيث قال :

---

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ١:٢٠٦ الفروع لابن مفلح، ٤:٣٢ والدسوقي ٣:٧ وروضة الطالبين ٣: ٣٤٤

(٢) المجموع شرح المهذب، ٩:٣٣٥ الوسيط للغزالى، ٣:٦٩ والإنصاف للمرداوى ٤:٣٢٧

(٣) فتح القدير ٥: ٤٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com



"وإذا أراد الحربيُّ المستأمن أن يرجع إلى دار الحرب، لم يُتركْ أن يُخرِجَ معه كُراعاً وسلاحاً أو حديداً أو رقيقاً اشتراهم في دار الإسلام، مسلمين أو كُفّاراً، كما لا يُترك تُجّارُ المسلمين ليحملوا إليهم هذه الأشياء. وهذا لأنّهم يتقوّون بها على المسلمين "[1]

وهو مذهب المالكيّة. قال المواّق:

"قال مالك :لا يُباع من الحربيّ سلاحٌ ولا سروج ولا نُحاس. قاله أبو إسحاق. ومن باع ذلك منهم بِيعَ على من اشتراه على قياس النّصرانيّ يشترى المسلم. ابن حبيب. وسواءٌ كانوا في هُدْنة أو غيرها."[2]

و ذكر الطّحاويّ رحمه الله تعالى أنّه لايجوزُ مفاداةُ أسرى المسلمين بالسّلاح،[3] لأنّ العلّة تقويتُهم على قتال المسلمين، فتمليكُهم السّلاحَ بأيِّ طريقٍ كان في حكم البيع.

وأمّا الحديد، فيجوز بيعُه إليهم عند الشّافعيّة إذا لم يتعيّن استخدامُه في صنعة السّلاح.[4] وقال الحنفيّة:يُكره بيعه أيضاً.[5] والحاصل أنّ ما يُستخدم في القتال في غالب الظّنّ، فإنّه في حُكم السّلاح في عدم جواز البيع إليهم.

ثمّ عمّم الفقهاءُ هذا الحكمَ في جميع أهل الحرب، وإن كانوا في حالة الهُدنة

(١) مبسوط السرخسي ١٠:٩٢

(٢) التاج والإكليل للمواق ٤:٢٥٤

(٣) مختصر اختلاف الفقهاء ٣:٤٨١

(٤) مغني المحتاج ٢:١٠

(٥) ردالمحتار ١٣: ١٥٤ فقره ٢٠٦١٨، وبدائع الصنائع ٧:١٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

والموادعة، كما تقدّم فی عبارة المواق؛ وبمثله صرّح صاحب الهداية. والظّاهر أنّ هذا لاينطبق على المعاهدين من الكفّار إذا بيعت إليهم الأسلحةُ لقتالِ عدوٍّ مشتركٍ بيننا وبينهم. وذلك لأنّ بيعَ السّلاح إلى أهل الذمّة جائزٌ مالم يُخْشَ منهم أنّهم يُرسلونه إلى أعداء المسلمين.(١)

ويتبيّن ممّا ذكره الفقهاء فی هذا الموضوع أنَ الأحكام تدورُ على مصلحة الإسلامِ و المسلمين، فما تعيّن ذريعةً لتقوية أهل الحرب ضدَّ المسلمين فإنّه ممنوع، ومالم يكنْ كذلك فليس بمحظور، لأنّ الأمرَ فی منع بيع السّلاح لايختصّ بالكافر، بل بيعُه ممنوعٌ من أهل البغْي من المسلمين أيضاً بالاتفاق، لأنّه إعانةٌ لأهل البغی فی محاربتهم أهلَ العدل، و يُمنع من بيع السّلاح من قُطّاع الطّريق واللّصوص، ولو كانوا مسلمين.(٢) وكذلك الأمرُ لايختصّ بالسّلاح. بل كلّ ما يُقوّی أهل الحرب فی محاربتهم للمسلمين لايجوز بيعُه منهم. ولذلك ذكر الفقهاء فی بيع الطّعامِ من الحربيّين أنّه لايجوز فی زمن الحرب. قال الموّاق رحمه الله تعالى:

"وأمّا الطّعام، فيجوز بيعُه منهم فی الهُدنة. وأمّا فی غير الهُدنة، فلا."(٣)

وقال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"ولابأس بأن يبيع المسلمون من المشركين ما بدا لهم من الطّعام والثّياب

---

(١) مغنی المحتاج ٢: ١٠، وحواشی الشّيروانی ٤: ٢٣٢

(٢) ردالمحتار، باب البغاة ١٣: ١٥٣ فقره ٢٠٦١٥

(٣) التّاج والإكليل للموّاق بهامش الحطّاب ٤: ٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com



وغير ذلك إلاّ السّلاح والكراع والسَّبْي، سواءٌ دخلوا إليهم بأمان أو بغير أمان. ثمّ هذا الحكم إذا لم يُحاصِروا حصناً من حصونهم. فأمّا إذا حاصروا حصناً من حصونهم، فلا ينبغی لهم أن يبيعوا من أهل الحصن طعاماً ولاشراباً ولاشيئاً يُقوّيهم على المقام." (١)

فهذا كلُّه يدلّ على أنّ المنع ليس لكون البيع منهم ممنوعاً فی حدّ ذاته، بل المنعُ دائرٌ على مصلحة الإسلام والمسلمين فی أحوالٍ مختلفة. وينبغی أن يكون الأمرُ فی مثل ذلك موكولاً إلى الإمام العادل. والله سبحانه أعلم.

٦٧- بيع العقارات من غير المسلمين فی جزيرة العرب

أمّا منعُ البيع من غير المسلمين لمعارضة المصالح السّياسيّة للإسلام والمسلمين، فيدخل فيه بيعُ عقارات دارالإسلام إلى الكفّار. و يفترق فيه حكمُ جزيرة العرب من غيرها.

أمّا جزيرة العرب، فلايجوز شرعاً أن يمُكَّن الكفّار من استيطانهم إيّاها، أو من إقامتهم الطّويلة فيها. والأصل فی هذا الباب حديثُ عمر رضی الله عنه أنّه سمع رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم يقول:

"لأُخْرِجنّ اليهودَ والنّصارى من جزيرة العرب، فلا أترك فيها إلاّ مُسلماً."(٢)

---

(١) شرح السّير الكبير، باب هديّة أهل الحرب ٤: ١٢٤٢ و ١٢٤٣ فقره ٢٣٣٣ و ٢٣٣٤

(٢) سنن أبي داود، كتاب ا لخراج والفيئ و الإمارة، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب،حديث ٣٠٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

ورُوِيَ عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بأسانيدَ صحيحةٍ أنّه أوصى في مرض وفاته:

"أخرجوا المشركين من جزيرة العرب"[١]

وروى مالك في موطأه عن عمربن عبدالعزيز مرسلاً أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال:

"ألا! لا يَبْقَيَنَّ دِينان بأرض العرب."[٢]

وأخرجه أحمد في مسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت:

"كان آخرُ ما عهِد رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم أن قال: لايُترَكْ بجزيرة العرب دينان."[٣]

وبناءً على هذه الأحاديث، اتّفق الفقهاء على أنّه لايجوز للمسلمين أن يُمكّنوا غيرَ المسلمين من استيطان جزيرة العرب، أوإقامتهم بها إقامةً طويلة. ثم اختلفت أقوالهم في المراد من جزيرة العرب. فقال الحنفيّة والمالكيّة: إنّها تشمُل الجزيرةَ كلَّها طُولاً وعَرْضاً، من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطّول، ومن جدّة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشّام. فيدخل فيها اليمن والبحرين، وما يتّصل بهما في شرق الجزيرة،

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب جوائز الوفد، حديث ٣٠٥٣

(٢) موطأ مالك، كتاب الجامع، ماجاء في إجلاء اليهود من المدينة

(٣) مسند أحمد، ٤٣: ٣٧١ برقم ٢٦٣٥٢ وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، ٥: ٥٨٦ رقم ٩٦٦١ وقال: رواه أحمد والطبراني في الأوسط، ورجال أحمد رجال الصحيح غير ابن إسحاق وقد صرّح بالسماع.

www.besturdubooks.wordpress.com



وكذلك ماوراء خيبر إلى حدود الشَام.[1]

وقال الشّافعيّة والحنابلة: إنّ المراد من الجزيرة الحجازُ خاصّة،[2] فلا يشمل النّهيُ اليمن والبحرين والدُّول الّتى تسمّى اليوم دُول الخليج. واستدلّوا على ذلك بما أخرجه أحمد عن أبى عبيدة رضى الله عنه قال:

"كان آخرُ ماتكلّم به رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم: أخرجوا يهودَ أهل الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب."[3]

ثمّ يجوز لغير المسلمين دخولُ مالا يجوز لهم استيطانُه من جزيرة العرب على اختلاف الأقوال لتجارةٍ أو نحوِها بإذنٍ من الإمام. ولكن قال الشّافعيّة والحنابلة والمالكيّة: إنّهم لايُمكّنون من الإقامة فيها أكثرَ من ثلاثة أيّام، أو أربعة أيّام فى موضع واحد،[4] إلاّ أن يمرَض أحدُهم فيُمْهَل إلى بُرئه من مرَضه، أو إذا دخل مع عروض التّجارة، فيُمْهَل إلى أن يبيعَها فى قول بعضهم. واستدلّوا لتحديد ثلاثة أيّام بفعل عمر رضى الله عنه أنّه أجاز لهم الإقامة لثلاثة أيّام، فقد أخرج الإمام محمّد رحمه الله تعالى فى الموطّأ عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما: "أنَ عمر ضرب لليهود والنّصارى والمجوسِ بالمدينة إقامةَ ثلاثةِ أيّام، يتسوّقون، ويقضُون

---

(١) فتح القدير ٥:٣٠١،بدائع الصنائع،٧:١١٤مواهب الجليل للحطاب٣:٣٨١

(٢) المهذب ٢:٧٥٧، وكشاف القناع٣:١٣٦

(٣) قال الهيثمي فى مجمع الزوائد٥:٥٨٦: رواه أحمد بإسنادين، ورجال طريقين منهما ثقات متصل إسنادهما، ورواه أبو يعلى.

(٤) المبدع لابن مفلح،٣:٤٢٤ونهاية المحتاج،٨:٨٦ ومواهب الجليل ٣:٣٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

حوائجَهم، ولم يكن أحدٌ منهم يُقيمُ بعد ثلاث."[١]

أمّاالحنفيّة، فلم يقصُروا جوازَ إقامتِه بثلاثة أيّام، وإنّما منعوا من إقامتِه لمدّةٍ طويلة، وحدّدها بعضُهم بسنَة.[٢] أمّا تحديدُ سيّدنا عمر رضى الله عنه، فقد حمله الحنفيّة على الأقلّ، كما ذكره شيخُنا العثمانيّ التّهانويّ رحمه الله تعالى فى إعلاء السنن.[٣] والمذكورُ فى الرّواية أنّ عُمر رضى الله تعالى عنه أجاز لهم ثلاثة أيّام، ولم يُذكَر أنّه حرّم أن يؤذَن لهم فوق ذلك. والظّاهر أنّه ليس هناك نصٌّ من القرآن والسّنّة يُحدّد أكثر مدّة لإقامة المستأمنين فى دارالإسلام. وإنّ مثلَ هذه الأمور مبنيّةٌ على أوضاعٍ وظروفٍ يُمكن أن تختلف حسب اختلاف زمان ومكان. والأمرُ فى ذلك موكولٌ إلى سياسةٍ عامّة تقتضيها تلك الأوضاع والظّروف.

وبما أنّهم يُمْنعون من استيطان جزيرة العرب، على اختلاف الأقوال فى تحديدها، فهل يحرُم بيع الدُّور والأراضى منهم فى المناطق الّتى يُمنعون من استيطانها؟ لم أرَ ذلك صراحةً إلاّ فى بعض كتب الشّافعيّة، حيثُ ذُكر فيها قولان. قال الشّربينيّ الخطيب رحمه الله تعالى تحت قو ل المنهاج: "ويُمنع كلٌّ كافر من استيطان الحجاز." ما نصّه:

---

(١) الموطأ للإمام محمد رحمه الله تعالى، باب نزول أهل الذمّة مكّة والمدينة وما يكره من ذلك، ص ٢٨٤ وذكره الحافظ فى التلخيص٢:٥٥٤ وعزاه إلى الإمام مالك، وقال:صححه أبوزرعة. ولم نجده فى نسخ الموطأ اليوم. وأخرجه البيهقيّ فى سننه ٣: ١٤٨من طريق يحيى بن بكير عن مالك.

(٢) ردالمحتار، كتاب السير،فصل فى الجزية،١٢: ٧٦٢فقره ٢٠١٧٤

(٣) إعلاء السنن ١٢: ٥٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

"فلو أراد الكافرُ أن يتّخذ داراً بالحجاز، ولم يَسْكُنْها ولم يستوطِنْها، لم يجُز،لأنّ ما حرُم استعمالُه حرُم اتّخاذه."(١)

لكن علّق الرمليّ رحمه الله تعالى على نفس عبارة المنهاج بما يأتي:

"وأفهمَ كلامُه جوازَ شراءِ أرضٍ فيه لم يُقِمْ بها، وهوالأوجه، لكنّ الصّوابَ منعُه، لأنّ ما حرُم استعمالُه حرُم اتّخاذه، كالأوانى وآلاتِ اللّهو، وإليه يُشير قولُ الشّافعيّ: ولا يتّخذ الذّمّي شيئاً من الحجاز داران، وإن رُدّ بأنّ هذا ليس من ذاك."(٢)

وأيّده الهيتميّ رحمه الله تعالى بقوله:

"وأفهم كلامُهم أنّ له شراءَ أرضٍ فيه لم يُقِمْ بها، وهو متّجه، وإن قيل الصّوابُ منعه، لأنّ ماحرُم استعماله حرُم اتّخاذُه، ويُردَ بأنّ هذا ليس من ذاك، كما هو واضح، إذ لايجُرّ اتّخاذ هذا إلى استعماله قطعاً."(٣)

والحاصل أنه لوأراد أحدٌ من غيرالمسلمين شراءَ أرضٍ للاستيطان أو للإقامة الطّويلة فى جزيرة العرب، على اختلافٍ فى تحديدها، فإنّه يُمنع من ذلك، ولا يجوز لمسلمٍ أن يبيع إليه. أمّا إذا أراد الشّراء لغرض آخر، مثلِ التّأجير، فقد اختلفت فيه أقوال المتأخّرين من الشّافعيّة، فرجّح بعضُهم المنع، وآخرون الجواز. والّذى يظهر لهذا العبد الضعيف عفاالله عنه أنّه إن خيف من مثل هذا البيع أنّه يجُرّ إلى إقامتهم الطّويلة

(١) مغنى المحتاج ٤:٢٤٦

(٢) نهاية المحتاج ٨:٨٥

(٣) تحفة المحتاج مع حواشى الشيرواني ٩:٢٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

في المآل، وإن لم يُريدوا ذلك في الحال، فيتعيّن المنع، وإن لم يُخْشَ ذلك، فينبغي أن يُترك الفصلُ في ذلك إلى الإمام العادل، حتىَ يقضِيَ بما فيه مصلحةٌ للإسلام والمسلمين. والله سبحانه أعلم.

٦٨– بيع العقارات من غير المسلمين في غير جزيرة العرب

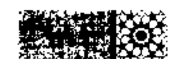
أما في غير جزيرة العرب، فيجوز لغير المسلمين أن يستوطنوا بلداً من بُلدان المسلمين، فيجوز لهم عند جميع الفقهاء أن يتملّكوا الدُّورَ والأراضي، غير أنّ بعض المتأخّرين من فقهاء الحنفيّة منعوا بيعَها منهم في المصر، لئلاً يكثُر سوادهم فيه. جاء في الدرّ المختار:

"الذمّي إذا اشترى داراً، أي أراد شراءها في المصر، لاينبغي أن تُباعَ منه، فلواشترى يُجبر على بيعها من مسلم، وقيل:لايُجبر إلاّ إذاكثُر."

لكن قال ابن عابدين تحته:

"قال السَرخسيَ في شرح السّير: فإن مصّر الإمامُ في أراضيهم للمسلمين، كما مصّر عمر رضي الله عنه البصرة والكوفة، فاشترى بها أهلُ الذّمّة دُوراً وسكنوا مع المسلمين، لم يُمنعوا من ذلك، فإنّا قبلنا منهم عقدَ الذمّة ليقِفوا على محاسن الدّين، فعسى أن يؤمنوا، واختلاطُهم بالمسلمين والسّكنُ معهم يحقّق هذا المعنى. وكان شيخنا الإمام شمس الأئمّة الحلوانيّ يقول: هذا إذا قلّوا، وكان بحيثُ لاتتعطّل جماعاتُ المسلمين، ولاتتقلّل الجماعةُ بسُكناهم بهذه الصّفة؛ فأمّا إذاكثُروا على وجهٍ يؤدّي إلى تعطيل بعض الجماعات، أو تقليلِها، مُنعوا من ذلك، وأُمروا أن يسكُنوا ناحيةً ليس فيها

.www.besturdubooks.wordpress.com



للمسلمين جماعة. وهذا محفوظٌ عن أبی یوسف فی الأمالی."[1]

والحاصلُ أنّ تمكينَهم من السَّكن فی عمارات المسلمين وشراءِهم الدُّور والأراضيَ فيها مقيّدٌ بأن لا تفوتَ به مصلحةٌ معتبرةٌ للإسلام والمسلمين، ويُمنع من ذلك حيثُ تفوتُ به تلك المصلحة، ولذلك أفتى العلماء المعاصرون بمنع بيع الأراضی من اليهود فی فلسطين،[2] وبإهمال هذه الفتوى وقع ما وقع فی هذه الأراضی المقدّسة من احتلال الصّيهونيّين والنّكبات الفادحة الّتی أصابت أهلَها، عجّل الله لهم الفرج، والعياذ بالله العليّ العظيم.

٦٩- سلامة الأعضاء

ولايُشترط لصحّة البيعِ سلامةُ أعضاء البائع أوالمشتری. فيصحّ بيع الأعمی وشراؤه، ويُعرف المبيعُ بالجسّ أوالذّوق أوالشّمّ. وكذلك يصحّ بيعُ الأخرس بالإشارة المفهومة. ولا نعلم فی جواز ذلك خلافا.[3]

---

(١) ردالمحتار، كتاب السير، فصل فی الجزية، مطلب فی سكنی أهل الذمة ١٢: ٧٦٤ فقره ٢٠١٧٧

(٢) إمدادالفتاوی للشيخ أشرف علي التهانوي٣: ٥٩

(٣) المغنی لابن قدامة،٤: ١٤٨ روضة الطالبين،٣: ٣٤١ مواهب الجليل، ٤: ٢٢٩ بدائع الصنائع ٤: ٣٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com



أحكام تعدد المتعاقدين

٧٠- تعدّد المتعاقدين

واشترط معظمُ الفقهاء لصحّة البيع تعدّدَ المتعاقدَين. فلا يجوز أن يكون الشّخص الواحدُ عاقداً من الجانبين. وهذا إنّما يُتصوّرُ إن كان أصيلاً في جانب، ونائباً عن الآخر في جانب آخر، فيُتِمّ الإيجابَ بصفته أصيلاً، والقبولَ بصفته نائباً. ثمّ النّيابةُ قد تكون بعقدٍ بين النّائب والمنوب عنه، مثلِ الوكيل، يُصبحُ نائباً عن موكّله بعقد الوكالة، وقد تكون بحُكم الشّرع، مثل ما ينوب الأبُ عن ابنه الصّغير، وقد تكون بتعيينٍ من قِبل مَن له حقُّ التّعيين، مثلُ الوصيّ. ولكلّ واحدٍ من هذه الأقسام أحكامٌ مستقلّة نذكرها فيما يلي إن شاء الله تعالى.

٧١- هل يجوز أن يعقد الوكيلُ البيعَ لنفسه؟

والأصلُ عند جميع الفقهاء أنّ الوكيلَ لا يجوز له أن يعقد البيعَ لنفسه، ويتولّى طرفَي العقد. فلو وكّل زيدٌ عمرواً ببيعِ متاعِه فلا يجوز له أن يبيعَه لنفسه بحكمِ الوكالة. وإن رغِب في شراءه، فلابدّ من إيجابٍ منه وقبولٍ من زيد. وهو مذهبُ الأئمّة الأربعة،

www.besturdubooks.wordpress.com



غيرَ أنّهم اختلفوا في تعليل المنع. فالّذي يَظهر من كلام الحنفيّة والشّافعيّة: أنّ المنعَ في بعض الأحوال مبنيٌّ على أنّ الواحدَ لايتولّى طرَفي البيع، لأنّ الحقوق في البيع ترجع إلى العاقد، وللبيع حقوقٌ متضادّةٌ مثلُ التّسليم والتّسلّم والمطالبة، فيؤدّي إلى أن يكون الشّخصُ الواحد مُسَلِّماً ومُتسلِّما، وطالباً ومُطالَباً، وهذا مُحال.

وبناءً على هذاالتّعليل، لايُجيز الحنفيّة والشّافعيّة للوكيل بالبيع أن يبيعَ لنفسه، وإن كان بإذنٍ من الموكّل، أو بأزيدَ من ثمن المثل.[1] ولكنّه كما سبق، إن كان يُريد البيعَ لنفسه، فإنّه يحتاج إلى إيجاب وقبول مع موكّله. أمّا إذا كان المنوبُ عنه غيرَ أهل للتّعاقد، وانتفت التُّهمة، جاز كما سيأتي في بيع الأب مالَ ابنه الصّغير لنفسه، وحينئذٍ يُعتبر الأبُ شخصَين حكماً، فيقع الإيجاب منه بصفةٍ، والقبول بصفةٍ أخرى، فيتعدّد العاقدان حُكماً.

ويبدو أنّ القانون الوضعيّ الإنكليزيَّ نحا في هذا الباب منحى الحنفيّة والشّافعيّة في أنّه يمنع الوكيل بالبيع من الشّراء لنفسه على أساس "تعارض المصالح" (Conflict of interest) فلا يعتبر الإذن العامّ كافياً لعقد البيع بنفسه، بل يوجب أن يأخذ الوكيل

(١) يقول السّرخسيّ رحمه الله تعالى: "ولوباعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير، لم يجز، وإن صرّح الموكّل بذلك. (المبسوط للسرخسي،كتاب الوكالة١٩: ٣٢ ويقول ابن حجر الهيتميّ رحمه الله تعالى: "ولايبيع لنفسه وإن أذن له، وقدّر له الثّمن ونهاه عن الزّيادة ...لأنّ علّة منع الاتّحاد ليست التّهمة، بل عدم انتظار الإيجاب والقبول من شخص واحد. (تحفة المحتاج مع الشيرواني ٥: ٣١٨)

www.besturdubooks.wordpress.com

إذناً لاحقاً مع بيان جميع التّفاصيل ذات العلاقة الّتي تُبرّر البيعَ مع نفسه.[1] واشتراطُ ذلك يؤول إلى أن يكون هناك قبولٌ من الموكّل.

أمّا المالكيّة، فالظّاهرُ مِن كلامهم أنّ علّةَ المنْع عندهم هي التُّهمة فقط، وليس كونَ الواحد يتولّى طرفَي العقد. فلو ارتفعت التّهمةُ بإذنٍ من الموكّل أو بشراءه بأكثرَ من ثمن المثل بعد تناهي الرّغبات[2] فيه جاز شراؤُه لنفسه. قال الدّسوقيّ رحمه الله تعالى:

"وحاصلُه أنّ المنعَ مقيّدٌ بما إذا لم يكن شراؤُه بعد تنا هي الرّغبات، وبما إذا لم يأذن له ربُّه في البيع لنفسه. فإن اشترى الوكيلُ لنفسه بعد تناهي الرّغبات، أو أذِنه الموكّل في شراءه لنفسه، جاز شراؤه حينئذ. ومثل إذنه له في شراءه ما لو اشتراه بحضرة ربّه، لأنّه مأذونٌ له حكماً."[3]

وأمّاالحنابلة، فوافقوا الحنفيّةَ والشّافعيّةَ في إحدى الرّوايتين، وجَمعوا بين الأمرين في روايةٍ أخرى، فقالوا: لايجوزُ أن يتولّى الواحدُ طَرفي العقد. فإن ارتفعت التُّهمة من الوكيل، بأن زاد الثّمن على ثمن المثل، جاز له البيع إلى نفسه بأن يوكّل غيرَه بالبيع، ويكونَ هوالأصيلَ في الشّراء، أو يوكّل غيره بالشّراء له، ويكونَ هو البائعَ لموكّله. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

---

(١) Chitty: On contract, v.2, p.52, Ch.1 (iv), para 2097 وقريبٌ منه القانون الفرنسيّ الإيطاليّ والألمانيّ. وأباح القانون السّويسريّ ذلك للوكيل مطلقا. وراجع للتّفصيل نظريّة العقد للدّكتور عبدالرزّاق السّنهوريّ ص ٢٢٨ فقره ٢٢١

(٢) يعني لاأحد يرغب في شراءه بالثّمن الّذي يُريد شراءه لنفسه.

(٣) الدسوقي على شرح مختصر خليل٣٨٧:٣

www.besturdubooks.wordpress.com

"من وُكِّل فی بیع شیئ لم یجُزْ له أن یشتریَه من نفسه فی إحدی الرّوایتین نقلها مُهَنّا، وهو مذهبُ الشّافعيّ وأصحاب الرّأي، وكذلك الوصيّ...وحُكِيَ عن مالك والأوزاعيّ جوازُ ذلك فیهما. والرّوایةُ الثّانیة عن أحمد: یجوز لهما أن یشتریا بشرطین: أحدهما: أن یزیدا علی مبلغ ثمنه فی النّداء.[1] والثّانی: أن یتولّی النّداءَ غیرُه. قال القاضی: یحتمل أن یکون اشتراطُ تولّی غیرِه النّداءَ واجباً، ویحتمل أن یکون مستحبّاً، والأوّل أشبهُ بظاهر كلامه. وقال أبوالخطّاب: الشّرط الثّانی أن یولّيَ مَن یبیع، ویکونَ هو أحدَ المشترین. فإن قیل: فکیف یجوز له دفعُها إلی غیره لیبیعَها، وهذا توکیل، ولیس للوکیل التّوکیل؟ قلنا: یجوز التّوکیلُ فیما لایتولّی مثلُه بنفسه. والنّداءُ ممّا لم تَجْرِ العادةُ أن یتولاّه أكثرُ النّاس بنفوسهم. وإن وكّل إنساناً یشتری له، وباعه هو جاز علی هذه الرّوایة، لأنّه امتثل أمرَ موكّله فی البیع، وحصل غرضُه من الثّمن، فجاز كما لو اشتراها أجنبيّ."[2]

٧٢- بیع الأب مالَ ولده الصّغیرمن نفسه

واستثنی الحنفیّةُ والشّافعیّة[3] من اشتراط تعدّد العاقدین ما إذا باع الأبُ مالَه من ابنه الصّغیر بمثل قیمته، أو بما یتغابن النّاسُ فیه عادةً، أو اشتری مالَ الصّغیر لنفسه بذلك. وخالفَهم فی ذلك زفر والحنابلة، فمَنعوا من ذلك، لأنّ القیاسَ أن لایتولّی

---

(١) یعنی النّداء فی المزایدة

(٢) المغنی ٥:٢٣٧

(٣) یأتی نصّ الحنفیّة فی المتن، وراجع لمذهب الشّافعیّة المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٨٠ و تحفة المحتاج مع الشیروانی ٥: ٣١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الواحدُ طَرَفي البيع، لمِا فيه من الاستحالة. أمّا الأصحاب الثّلاثة، فجوّزوا ذلك استحساناً. وجهُ الاستحسان قولُ الله عزوجل:"وَلَاتَقرَبُوا مَالَ اليَتِيمِ إلَّا بالَّتِي هِيَ أحسَنُ."(الأنعام:١٥٢) والبيعُ والشّراءُ بمثل قيمته وبما يتغابن النّاسُ فيه عادةً قد يكون قُرباناً على الوجه الأحسن. أمّا أنّ الواحدَ لايتولّى طَرفي البيع، فإنّ الأبَ بحُكم كونه وليّاً كاملُ الشّفقة يُنسب فعلُه إلى فعل الصبيّ لو كان بالغاً، فيُجْعل كأنّ الصبيّ باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ، فتعدّد العاقدُ حُكماً، فلا يؤدّى إلى الاستحالة. وهو مذهب الشّافعيّة أيضاً.[١]

٧٣- بيع وليّ أو وصيّ غير الأب من نفسه

أمّا غيرُ الأب من الأولياء والأوصياء، فإن باع أحدُهم مالَ نفسه من الصّغير، أو اشترى مالَ الصّغير لنفسه، فإن لم يكنْ فيه نفعٌ ظاهر، لايجوز بالإجماع. وإن كان فيه نفعٌ ظاهرٌ، جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. و لايجوز عند محمّد رحمه الله تعالى، وهو قول الشّافعيّة.[٢] وجه قول محمّد والشّافعيّ رحمهما الله تعالى أنّ القياسَ يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصيّ جميعاً، لما ذكرنا من الاستحالة، إلاّ أنّ الأبَ لكمال شفقته جُعل شخصُه المتّحدُ حقيقةً، متعدّداً ذاتاً ورأياً وعبارةً. والوصيُّ لا يُساويه فى الشّفقة، فبقيَ الأمرُ فيه على أصل القياس.

ودليلُ أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى أنّ تصرّفَ الوصيّ إذا كان فيه نفعٌ ظاهرٌ لليتيم قربانُ مالِه على الوجه الأحسن، فيملكُه بالنّصّ. والوصيُّ له شِبْهان: شبهٌ

(١) بدائع الصنائع، ٣٢٢:٤ حواشى الشيرواني على تحفة المحتاج ٣١٨:٥

(٢) المرجعان السابقان

www.besturdubooks.wordpress.com

بالأب، وشبهٌ بالوكيل. أمّا شِبْهُه بالوكيل، فلكونه أجنبيّاً، وشبهُه بالأب لكونه مرضيَّ الأب. فالظّاهر أنّه مارضِيَ به إلاّ لوفور شفقته على الصّغير. فأثبتنا له الولايةَ عند ظهور النّفع عملاً بشِبه الأب، وقطعنا ولايتَه عند عدمه، عملاً بشبه الوكيل، وعملاً بالشّبهين بقدر الإمكان.(١)

وتبيّن ممّا ذكرنا من المذاهب الفقهيّة فی الموضوع أنّ الأصل فی جميعها أنّ الواحد لايتولّى طَرفي العقد، لكونه مضاداً لمنطق "العقد" الّذی يقتضی أن يكون فيه طَرَفان، ولكن عند جميعهم فی هذا الأصل مستثنياتٌ ترْجِع إلى مصلحة الموكّل أو المنوب عنه. والّذی يظهر أنّ ما ذهب إليه الحنفيّة والشّافعيّة أوفى برعاية المصالح، والله سبحانه أعلم.

٧٤- إن كان أحدُ العاقدين يقصد بالعقد ارتكاب معصية

ومنَع بعضُ الفقهاء البيعَ إن قَصد به أحدُ المتعاقدين معصيةً، وعلِم الآخرُ ذلك. فذهب الحنابلة إلى أنّ البائع إن كان عالماً بقصد المشتری، فإنّ البيعَ حرامٌ وباطل، فلا يثبت ملكُ المشتری فی المبيع، ولا ملكُ البائع فی الثمن. جاء فی المقنع: "وبيع العصير ممن يتّخذه خمراً باطل". وقال ابن قدامة تحته:

"فإنّما يحرُم البيع ويبطل إذا علِم البائع قصدَ المشتری ذلك إمّا بقوله، وإمّا بقرائنَ مختصّة به تدُلّ على ذلك. فأمّا إن كان الأمرُ محتمَلاً، مثل أن يشتريَها مَن لايُعلم حالُه، أو مَن يعمل الخلّ والخمر معاً، ولم يلفِظْ بما يدلّ على

---

(١) بدائع الصّنائع ٤: ٣٢٢و٣٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

إرادة الخمر، فالبيع جائز، وإذاثبت التّحريم، فالبيع باطل."[١]

أمّا المالكيّة، فالظّاهر من عباراتهم أنّ البيع حرام، ولكنه ينعقد صحيحاً. قال الزّرقانيّ رحمه الله تعالى:

"وكذا يُمْنع أن يُباع للحربيّين آلةُ الحرب من سلاح أو كُراع أوسَرْج، وجميعُ ما يتقوّون به على الحرب...وكذا الدّارُ لمن يتّخذها كنيسة، والخشبةُ لمن يتّخذها صليباً، والعنبُ لمن يعصره خمراً، والنّحاسُ لمن يتّخذه ناقوساً، وكلّ شيئ يُعلم أنّ المشتريَ قصدبه أمراً لايجوز، كبيع الجارية لأهل الفساد الّذين لاغيرةَ لهم لويُطعمونها من حرام، والمملوكُ مّمن يُعلم منه الفساد به."[٢]

وقال الدّردير رحمه الله تعالى:

"ومنع ...بيعُ مصحف أوجزءه وكتبِ حديثٍ لكافر كتابيّ أوغيره، والبيعُ صحيح على المشهور وإن مُنع."

وقال الصّاويّ رحمه الله تعالى تحته:

"وكذايُمنع بيعُ كلّ شيئ عُلم أنّ المشترى قصد به أمراً لايجوز، كبيع جارية لأهل الفساد، أو مملوك أو بيع أرض لتُتّخذ كنيسة أو خمّارة، أوخشبةٍ لمن يتّخذها صليبا، أو عنبٍ لمن يعصره خمراً."[٣]

---

(١) المغنى لا بن قدامة ٤:٢٨٤

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل،٥:١١ وراجع أيضامواهب الجليل للحطاب ٤:٢٥٤

(٣) الشرح الصغير للدردير٣:٢٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا الشّافعيّة، فإنّ مثل هذا البيع مكروهٌ عندهم بشرط العلم، ولكنّه ينعقد صحيحا. قال الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى:

"أصل ما أذهب إليه أنّ كلّ عقد كان صحيحاً فى الظّاهر لم أُبْطِلْه بتُهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزتُه بصحّة الظّاهر، وأكره لهما النّيّة إذاكانت النيّةُ لو أُظهرت كانت تُفسد البيع، وكماأكره للرّجل أن يشتريَ السّيف على أن يقتل به، ولا يحرُم على بائعه أن يبيعه ممّن يراه أنّه يقتُل به ظلماً، لأنّه قد لايقتُل به، ولاأُفسد عليه هذا البيع، وكماأكره للرّجل أن يبيع العنبَ ممّن يراه أنه يعصره خمراً، ولاأُفسد البيع إذاباعه إيّاه، لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لايجعله خمراً أبداً، وفى صاحب السّيف أن لايقتل به أحداً أبدا."[١]

أمّاالحنفيّة، فالظّاهر من مُتونهم أنّهم فرّقوا بين ما قامت المعصية بعينه، فكرهوا بيعَه كبيع السّلاح من أهل الفتنة، وبيع أمرد ممّن يفجُربه، وبين مالم تَقُمِ المعصيةُ بعينه، بل تحتاج إلى صنْعة من المشترى، فأجازوا بيعه، كبيع العصير ممّن يتّخذه خمرا، وبيع أرضٍ لمن يتّخذه كنيسة. وإنّ عباراتِ القوم فى شرح هذا الأصل مختلفة، وقد ألّف والدى العلاّمة الشّيخ المفتى محمد شفيع رحمه الله تعالى رسالةً مستقلّة فى الموضوع جمع فيها نصوصَ الفقهاء الحنفيّة، واستخلص منها مايلى، وأنقله بنصّه، على طُوله، لكونه مشتملاً على فوائد كثيرة:

"والّذى ظهر لى بفضل الله وكرمِه فى الفرق بينهما هو أنّ ما قامت المعصية بعينه هو ما كانت المعصيةُ فى نفس فعل المعين، بحيث لا تنقطع عنه نسبتُها

---

(١) كتاب الأمّ، ٤: ١٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بفعل ذلك الفاعل المختار. وذلك بثلاثة وجوه: الأول: أن يقصِد الإعانة على المعصية، فإنّ من باع العصيرَ بقَصْدِ أن يتّخذ منه الخمر، أو أمردَ بقصد أن يفْسُق به، كان عاصياً فى نفس هذا البيع بهذه النيّة والقصد. وكذا من آجرَ بيتاً بقصد أن يُباع فيه الخمر، فقامتِ المعصية بعين هذه الإجارة مع قطع النّظر عن فعل فاعلٍ مختار، لاقتران هذه النّيّة، كما مرّ مصرّحاً فى الأشباه وحظر ردّ المحتار.[١]

والثّانى: بتصريح المعصية فى صُلب العقد، كمن قال: بِعْنى هذا العصيرَ لأتّخذه خمراً، فقال: بعتُه، أو آجِرْ لى بيتَك لأبيع فيه الخمر، فقال: آجرتُه،[٢] فإنّه بهذا التّصريح تضمّن نفسُ العقد معصيةً، مع قطع النّظر عمّا يحدُث بعد ذلك من اتّخاذه خمراً، وبيعِ الخمر فيه. وذلك لما فى إجارات المبسوط للسّرخسىّ رحمه الله تعالى:

"وإذااستأجر الذّمّىّ من المسلم بيتاً ليبيع فيه الخمرَ، لم يجُز لأنّه معصية، فلا ينعقد العقدُ عليه ولا أجرَ له عندهما، وعند أبى حنيفة

---

(١) عبارة ردّالمحتار: "ولعلّ المراد هُنا عَصرُ العنب على قصد الخمرية، فإنّ عين هذا الفعل معصيةٌ بهذا القصد." (ردّ المحتار، كتاب الحظر والإباحة، فصل فى البيع ٦: ٣٩٢) وعبارة الأشباه: "وذكر قاضى خان فى فتاواه أنّ بيع العصير ممّن يتّخذه خمرا إن قصد به التّجارة، فلا يحرُم، وإن قصد به لأجل التّخمير، حرم." (الأشباه والنّظائرمع الحمويّ١: ١٠٢ و١٠٣ الفنّ الأول، القاعدة الثّانية: الأمور بمقاصدها.)

(٢) وينبغى أن يكون فى حكمه إذا عقد توريد العصير لمصنع الخمر، فإنّه وإن لم يكن العقد فيه صراحةٌ أنّ العصير يُستعمل فى صناعة الخمر، ولكنّ توريده إلى المصنع تصريحٌ حكماً بأنّ المقصود صناعةُ الخمر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله تعالى يجوز. والشّافعيّ رحمه الله تعالى يجوّز هذا العقد، لأنّ العقدَ يرد على منفعة البيت، ولا يتعيّن عليه بيعُ الخمر، فله أن يبيعَ فيه شيئاً آخر. يجوز العقد لهذا، ولكنّا نقول: تصريحُهما بالمقصود لا يجوّز اعتبارَ معنىً آخر فيه، وما صرّحا به معصية.[1]

قلت: وقولُ أبي حنيفة "يجوز" لايستلزمُ أيضاً جوازَ هذا الفعل بمعنى رفع الإثم، بل ظاهرُ اللّفظ بمعنى تصحيح العقد فقط، كما صرّح به في عبارة الأصل[2] "له الأجر".

والثّالث: بيع أشياءَ ليس لها مصرفٌ إلاّ في المعصية، فيتمحّض بيعُها وإجارتُها للمعصية، وإن لم يصرّح بها. ففي جميع هذه الصّور قامت المعصية بعين هذا العقد، والعاقدان كلاهما آثمٌ بنفس العقد، سواءٌ استعمل بعد ذلك في المعصية أم لا، وسواءٌ استعملها على هذه الحالة، أو بعد استحداث صنعة فيه. فإن استعملها في المعصية، كان ذلك إثماً آخر على الفاعل خاصّةً.

ولك أن ترجع الوجوه الثّلاثةَ إلى وجه واحد، وهو القصد والنّيّة، فإنّ القصدَ في الوجه الأوّل موجودٌ صراحة، وفي الثّاني والثالث حكماً ومعنىً...ومالیس كذلك لم تقُم المعصية بعين فعل المُعين. وسائرُ

---

(١) المبسوط ١٦: ٣٨

(٢) ما ذكره الكاسانيّ رحمه الله تعالى عن الأصل نصّه: "من استأجر حمّالاً يحمل له الخمر فله الأجر في قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى لاأجرَ له." (بدائع الصّنائع ٤: ٤١ بقية كتاب الإجارة)

www.besturdubooks.wordpress.com

الجزئيّات المذكورة من بيع العصير والأمرد والجارية المغنّية والكبش النَطوح والحمامة الطّيّارة، وإجارة البيت لبيع الخمر، أواتّخاذه بيتَ نارأو كنيسة...كلُّها داخلةٌ فى هذا القسم، أعنى مالم تقُم المعصيةُ بعينه، بشرط أن لاينويَ بها معصية، ولا يصرّحَ بها فى العقد، ولا يتمحّضَ استعمالهُا فى المعصية كما قلنا. وعلى هذا فخرجت هذه الجزئيّاتُ كلّها من باب الإعانة على المعصية حقيقةً..."

"لكن هناك معنىً آخرُ يُقارب معنى الإعانة، وهو التّسبّب. وهو أيضاً لايخلو عن حرمة وكراهة إذاكان سبباً للمعصية..."

...فتنقيحُ الضّابط فى هذا الباب على مامنّ به عليّ ربّى: أنّ الإعانةَ على المعصية حرامٌ مطلقاً بنصّ القرآن أعنى قوله تعالى: " وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (المائدة:٢) وقوله تعالى: فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيرًا لِلْمُجْرِمِينَ (القصص:١٧) ولكنّ الإعانةَ حقيقةً هى ماقامت المعصية بعين فعل المعين، ولايتحقّق إلا بنيّة الإعانة، أوالتصريحِ بها، أو تعيُّنِها فى استعمال هذا الشّيئ بحيثُ لايحتمل غيرَ المعصية. ومالم تقُم المعصيةُ بعينه لم يكن من الإعانة حقيقةً، بل من التّسبّب، ومن أطلق عليه لفظ "الإعانة" فقد تجوّز، لكونه صورةَ إعانة، كما مرّ من السّير الكبير.[1]

---

(١) "فإن اشتروا دُوراً للسُّكنى فأرادوا أن يتّخذُوا داراً منها كنيسة أو بيعةً أو بيتَ نار يجتمعون فيها لصلاتهم مُنِعوا من ذلك...ولا ينبغى لأحدٍ من المسلمين أن يؤاجرَهم بيتاً لشيءٍ من ذلك لما فيه من صورة الإعانة إلى ما يرجع إلى الاستخفاف بالمسلمين، فإن آجرهم فأظهروا شيئا من ذلك في تلك الدّار منعهم صاحبُ البيت وغيرُه من ذلك ، على سبيل النّهي عن المنكر، وهو في ذلك =

www.besturdubooks.wordpress.com

ثم السّببُ إن كان سبباً محرّكاً وداعياً إلى المعصية، فالتّسبّب فيه حرامٌ، كالإعانة على المعصية بنصّ القرآن كقوله تعالى: وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ" (الأنعام:١٠٩) وقوله تعالى: فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ (الأحزاب:٣٢) وقوله تعالى: وَلَا تَبَرَّجْنَ الآية (الأحزاب:٣٣).

وإن لم يكنْ محرّكاً وداعياً، بل مُوصِلاً محْضاً، وهو مع ذلك سببٌ قريب بحيثُ لايحتاج في إقامة المعصية به إلى إحداث صنعةٍ من الفاعل، كبيع السّلاح من أهل الفتنة، وبيع الأمرد ممّن يعصِي به، وإجارةِ البيت ممّن يبيع فيه الخمرَ، أو يتّخذُها كنيسةً أو بيتَ نار وأمثالها، فكلُّه مكروهٌ تحريماً بشرط أن يعلم به البائع والآجرُ، من دون تصريح به باللّسان، فإنّه إن لم يعلم كان معذوراً، وإن علم وصرّح كان داخلاً في الإعانة المحرّمة. وإن كان سبباً بعيداً بحيثُ لا يُفضى إلى المعصية على حالتها الموجودة، بل يحتاج إلى إحداث صنعةٍ فيه، كبيع الحديد من أهل الفتنة وأمثالها، فتُكرَهُ تنزيهاً. "[١]

وإنّما أطلْتُ في نقل هذا الكلام لكونه في غاية الوجاهة، وبه تنطبق عباراتُ الحنفيّة الّتي ربّما تبدو مضطربةً في هذا الموضوع. ويتلخّص منه أنّ الإنسان إذاقصَد الإعانةَ على المعصية بإحدى الوجوه الثّلاثة المذكورة، فإنّ العقد حرامٌ لاينعقد، والبائع آثم. أمّا إذالم يقصد ذلك، وكان البيعُ سبباً للمعصية، فلايحرُم العقد، ولكن إذاكان سبباً

= كغيره، ولا يُفسخ عقدُ الإجارة بهذا، بمنزلة ما لو آجر بيتَه من مسلم، فكان يجمع النّاسَ فيه على الشّراب أو يبيع المُسكِرَ فيه، فإنّه يمنعه من ذلك على سبيل النّهي عن المنكر ولا تُفسخ الإجارةُ لأجله. (متن السير الكبير من شرح السرخسي له ٤: ١٥٣٧ و١٥٣٨؛ فقره ٣٠٢١ و٣٠٢٣)

(١) جواهر الفقه ٢: ٤٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

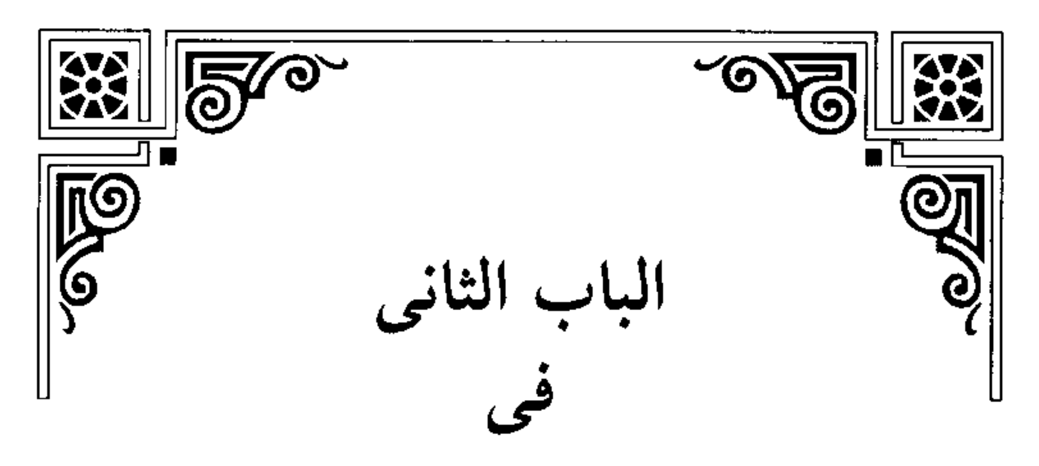
محرّكاً، فالبيعُ حرام، وإن لم يكن محرّكاً، وكان سبباً قريباً بحيثُ يُستخدم فى المعصية فى حالتها الرّاهنة، ولايحتاج إلى صَنعةٍ جديدةٍ من الفاعل، كُره تحريماً، وإلّا فتنزيهاً.

وعلى هذا يُخرّج حكمُ بيع البناء أوإجارتِه لبنكٍ ربوىّ. فإن قصَد البائعُ الإعانةَ، أو صرّح فى العقد بكونه يُستخدم للأ عمال الرّبويّة، حرُم البيع وبطل. والظّاهرُ أنّ المستأجرَ حينما يعقد البيعَ أو الإجارةَ لإقامة فرعٍ للبنك مثلاً، فإنّه فى حكم التّصريح بأنّ البناءَ يُستعمل للأعمال الرّبويّة. أمّا إذا بِيع البناءُ أوأُجّر لغرضٍ آخر للبنك، مثل التّخزين وغيره، فلا يدخل فى ذلك الحكم، وليس سبباً قريباً للمعصية، فينبغى أن يجوز مع الكراهة تنزيهاً.

وكذلك الحكم فى بَرْمَجَة الحاسب الآلىّ (الكمبيوتر) لبنكٍ ربوىّ، فإن قُصِد بذلك الإعانة، أوكان البرنامجُ مشتملاً على ما لايصلُح إلاّ فى الأعمال الرّبويّة، أو الأعمال المحرّمة الأخرى، فإنّ العقد حرام وباطل. أمّا إذا لم يقْصِدِ الإعانة، وليس فى البرنامج ما يتمحّض للأعمال المحرّمة، صحّ العقدُ وكُره تنزيهاً. وعلى هذا الأساس يمكن تخريجُ مسائلَ حديثةٍ كثيرةٍ من هذاالنّوع، والله سبحانه وتعالى أعلم. وسيأتى مزيد التّفصيل لهذه المسئلة فى شروط المبيع إن شاء الله تعالى.

وكذلك يندرج فى أحكام المتعاقدين ما إذا كان أحدهما يعقد بالكسب الحرام، ولكنّ أحكامه تحتاج إلى بسط وتفصيل، وسوف نذكره إن شاء الله تعالى فى مبحث مستقلّ بعد أحكام البيع الفاسد.

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الثانى
فى
رضا المتعاقدين وما يتعلق به

٧٥- رضا المتعاقدين

ويجب لجواز البيع تراضى المتعاقدين لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النّساء:٢٩) وقد رُوِيَ عن أبى سعيد الخدرىّ رضى الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إنّما البيعُ عن تراضٍ." [(١)]

وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال:

"لا يتفرّقن عن بيعٍ إلّا عن تراض." [(٢)]

وعن أبي حرّة الرّقاشيّ، عن عمّه، أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع، باب بيع المضطر، ج٦ ص١٧

(٢) أخرجه الترمذيّ فى سننه، كتاب البيوع، الباب ٢٦، حديث ١٢٤٨، وقال: هذا حديث غريب

www.besturdubooks.wordpress.com

"لا يحلّ مالُ امرئٍ مسلم إلاّ بطيب نفسٍ منه."[١]

وعن أبي حُميد الساعديّ رضى الله تعالى عنه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلم قال:

"لا يحلّ لامرئ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ".[٢]

وممّا يفوتُ به رضا أحد المتعاقدين: الإكراه، والاضطرار، والتّغرير، أو التّدليس، والخطأ، والهزل، فلنذكرْ أحكامَ كلّ واحدٍ منها بشيئ من التّفصيل. وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد.

٧٦- الإكراه وأثره على البيع

لايجوز بيعُ المكْرَه عند أحد، لكون الإكراه مفوّتاً لرضا المكرَه. وقد ورد فيه حديثٌ أخرجه البيهقيّ عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"لايركب البحرَ إلاّ حاجّ، أومعتمر،أوغازٍ فى سبيل الله، ولايُشترى من ذى ضَغْطة سلطانٍ شيئاً."[٣]

وفى إسناده بشيربن مسلم الكنديّ، قال فيه الحافظ ابن حجر رحمه الله: "قال

---

(١) رواه أبو يعلى فى مسنده، رقم ١٥٧٠، ٣: ١٤٠، وقال الهيثميّ تحت هذا الحديث: "رواه أبو يعلى. وأبو حرة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين." (مجمع الزوائد، كتاب البيوع، باب الغصب وحرمة مال المسلم، حديث ٦٨٦٦، ٤:١٧٢)

(٢) أخرجه ابن حبان فى صحيحه، كتاب الجنايات، حديث ٥٩٧٨

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، باب بيع المضطرّ، ٦: ١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

البخاري: ولم يصح حديثه." كمافى التّهذيب،[١] ولكنّ الجزء الأخير منه مؤيَّد بالحديث المعروف: "إنّ الله وضع عن أمّتى الخطأ، والنّسيان، وما استُكرهوا عليه."[٢] والحديث المعروف: "لايحلّ مالُ امرئٍ مسلم إلاّ بطيب نفسٍ منه."[٣] ولذلك اتّفق الفقهاء على أنّه لايجوز بيع المكرَه بغير حقّ، والإكراه الملجئ وغيرُ الملجئ فى ذلك سواء. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى: "لأنّ الإكراه الملجئ وغيرَ الملجئ يُعدمان الرّضا، والرّضا شرطٌ لصحّة هذه العقود."[٤]

وقال الإمام النّوويّ رحمه الله تعالى: "ذكرنا أنّ المكرَه بغير حقٍّ لايصحّ بيعُه. هذا مذهبُنا، وبه قال مالك وأحمد والجمهور. وقال أبوحنيفة: يصحّ، ويقِف على إجازة المالك فى حال اختياره."[٥]

والواقعُ أنّ الحنفيّة يُدخلون بيعَ المكرَه فى بيعٍ فاسدٍ موقوف. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى: "وأفاد فى المنار وشرحِه أنّه ينعقد فاسداً، لعدم الرّضا الّذى هو شرطُ النّفاذ، وأنّه بالإجازة يصحّ ويزول الفساد. وبه عُلم أنّ الموقوف على الإجازة صحّتُه، فصحّ كونُه فاسداً موقوفاً، وظهر أنّ الموقوف: منه فاسدٌ، كبيع المكرَه، ومنه صحيحٌ،

---

(١) تهذيب التهذيب، ١: ٤٦٧

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث ٢٠٤٥، وقال البوصيري فى مصباح الزجاجة تحته: "هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع، والظاهر أنه منقطع. قال المزي في الأطراف: رواه بشر بن بكر التّنّيسيّ عن الأوزاعي عن عطاء عبيد بن عمير عن ابن عباس. انتهى. وليس ببعيد أن يكون السقط من صنعة الوليد بن مسلم فإنه كان يدلس تدليس التسوية." (مصباح الزجاجة ٢: ١٢٦)

(٣) أخرجه أبويعلى فى مسنده كما فى مجمع الزّوائد ٤: ١٧٢ وقدمرّتعليق الهيثمي عليه

(٤) الدرالمختارمع ردّالمحتار، كتاب الإكراه ٦: ١٣٠

(٥) المجموع شرح المهذّب ٩: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

كبيع عبدٍ أو صبيٍّ محجورين."(١)

ومُفاد كونه فاسداً عند الحنفيّة، لاباطلاً، أنّ المشتريَ يملكُه إن قبض، فيصحّ منه كلُّ تصرّفٍ لايُمكنُ نَقْضُه، مثلُ الإعتاق والتّدبير والاستيلاد، ولكن لايصحّ ما يقْبل النّقض، مثلُ البيع والهبة والتّصدّق. ومُفادُ كونه موقوفاً أنّه ينقلب نافذاً بإجازة المكرَه، سواءٌ أكانت الإجازةُ بالقول أم بالفعل، مثل قبض الثّمن، وتسليم المبيع، بشرط أن يكون فى حَالة الطّوع بعد زوال الإكراه.(٢)

٧٧- الإكراهُ الّذى يُفسد البيع

ذكرنا فيما سبق أنّ الإكراهَ الّذى يُبطل الرّضا، ويُبطلُ العقد، يستوى فيه الإكراهُ الملجئ وغيرُ الملجئ. وقد عرّف الكاسانيّ رحمه الله تعالى الإكراه الملجئ (وسمّاه إكراهاً تامّاً) وغير المُلجئ بقوله:

"نوعٌ يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً، كالقتل والقطع والضّرب الّذى يُخاف فيه تلَف النّفس أو العضو، قلّ الضّرب أو كثر...وهذا النّوع يُسمّى إكراهاً تامّاً. ونوعٌ لايوجب الإلجاء والاضطرار، وهو الحبس والقيد والضّرب الّذى لايُخاف منه التّلف. وليس فيه تقديرٌ لازمٌ، سوى أن يلحقه منه الاغتمام البيّن من هذه الأشياء، أعنى الحبس والقيد والضّرب. وهذا النّوع من الإكراه يُسمّى إكراهاً ناقصاً."(٣)

---

(١) ردالمحتار، أوائل كتاب البيوع، ١٤: ١٤ و ١٥ فقره ٢٢١٧٨

(٢) وراجع للتفصيل كتاب الإكراه من ردّالمحتار٦: ١٣٠ و ١٣١

(٣) بدائع الصّنائع ٦: ١٨٤ كتاب الإكراه

www.besturdubooks.wordpress.com

وأدخل الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة في الإكراه التّهديدَ بإيذاء الولد، أو الوالد، أو أحدٍ من ذوي رحم محرم، لأنّ إلحاق الأذى بهم يُلحِقُ المكرَه غمّاً يُعدم الرّضا.

لكنّية على الولد والوالد، ولم يُلحقوا الأقارب الآخرين في هذا الحكم.[١]

وكذلك يتحقّق الإكراه بتهديد إتلاف المال. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى في بيان شروط تحقّق الإكراه: "كونُ الشّيئ المكرَه به مُتلِفاً نفساً، أو عضواً، أو موجباً غمّاً يُعْدِمِ الرّضا." وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى في تفسير "متلفاً نفساً": "أي حقيقيّة، أو حكميّةً، كتَلَف كلّ المال، فإنّه شقيقُ الرّوح، كما في الزّاهديّ."[٢] ثمّ نقل في آخر كتاب الإكراه عن بعض الفقهاء ما يدلّ على أنّ تلف جميع المال ليس بشرطٍ عندهم، بل يكفي خشيةُ تلف بعض المال لتحقّق الإكراه، وإن كانت النّقولُ

---

(١) ذكرابن عابدين عن المبسوط أنّ في الاستحسان حبس الأب إكراه. وذكر الطّوريّ أنّ المعتمد أنّه لافرق بين حبس الوالدين والولد في وجه الاستحسان. وزاد القهستانيّ أو غيره من ذوي رحم محرم، وعزاه للمبسوط." (ردّالمحتار، كتاب الإكراه تحت قوله "أوحبس" ٦: ١٣٠) وقال ابن قدامة: "وإن تُوعّد بتعذيب ولده، فقد قيل: ليس بإكراه، لأنّ الضّرر لاحقٌ بغيره، والأولى أن يكون إكراها." (المغني، كتاب الطّلاق ٨: ٢٦٢) وجاء في تحفة المحتاج وحاشيته ما يدلّ على أن التهديد بقتل أحد من ذوي رحمه أو صديقه أو خادمه الّذي يحتاج إليه، وكذلك التّهديد بجرحه إكراه في إعدام الرّضا في الطّلاق. (راجع تحفة المحتاج مع الشيرواني ٨: ٣٧) وقال الدّردير رحمه الله تعالى: "أو قتل ولده وإن سفل، وكذا بعقوبته إن كان بارّاً. أوبأخذ لماله أو بإتلافه" ثمّ ذكرأنّ قتل الأب إكراهٌ أيضاً عند البعض، ولكن قتل غيرهما ليس إكراها. (الشرح الكبير مع الدّسوقيّ، كتاب الطّلاق، ٢: ٣٦٨)

(٢) الدرالمختار مع ردّ المحتار، كتاب الإكراه ٦: ١٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

فيه متعارضة.[١] وقد صرّح ابن حجر الهيتميّ رحمه الله تعالى من الشّافعيّة بأنّ إتلاف بعض المال يكفي لتحقّق الإكراه، إلاّ إذا كان مالاً يسيراً، مثل خمسة دراهم للموسر.[٢] وقد عبّرابن مفلح رحمه الله تعالى من الحنابلة عن ذلك بقوله: "أو أخذ مالٍ يضرّه". وهذا تعبيرٌ جيّد، لأنّه ينبغي أن يُعتبر في إعدام الرّضا ما يضُرّ الإنسان أكثر ممّا أُكره عليه، خاصّةً في العقود الّتي تنبني على الرّضا.

وقد ذكر بعض الفقهاء أنّ المكرِه إن هدّد الآخرَ بأنّه يُرافعه إلى الحاكم، فإنّه يُحقّق الإكراهَ في بعض الأحوال، مثل أن يكون الحاكم ظالماً يؤذي بمجرّد الشّكاية.[٣]

والحاصل من جميع ماذكرنا من صُور الإكراه ما ذكره الحصكفيّ أنّ التّهديد بكلّ ما يوجب غمّاً يُعدم الرّضا، فهو إكراهٌ في حقّ بطلان البيع. وهذا أمرٌ ربّما يُترك للقضاء، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٧٨- نفوذ غير مشروع (Undue Influence) وتأثيره على العقد

وقد أضاف القانون الإنكليزيّ تصوّراً آخر باسم "تأثير غير سائغ" أو "نفوذ غير مشروع" (Undue Influence) وهو نوعٌ أخفّ من الإكراه. والمقصود منه استغلالُ الجاه في الوصول إلى هدف. ومجالُه في العقود أن يستغِلّ الإنسانُ جاهَه ورُتبته أو مهابتَه المعنويّة للدّخول في عقدٍ مع من هو أدنى رتبةً، مثلُ الولد أمام الوالد، أو

---

(١) ردّالمحتار٦: ١٤٢

(٢) تحفة المحتاج مع حاشية الشيروانيّ، كتاب الطّلاق ٨: ٣٧

(٣) ذكره في الدرالمختار من نظم ابن وهبان، وابن عابدين عن القنية (ردّالمحتار، آخر كتاب الإكراه)

www.besturdubooks.wordpress.com

التّلميذ أمام الأستاذ، أو المريد أمام الشّيخ، أو المرؤوس أمام الرّئيس. فإذا ثبت أنّ من هو أدنى رُتبةً دخل فی عقدٍ تحت ضغْطِ من هو أعلی منه رتبةً، بحيثُ لم يتمكّن من رفْض ما اقترحه، فدخل فی العقد بالرّغم من كونه لايرضی به رضاً حقيقيّاً، فإنّ القانون الإنكليزيّ يعتبره فی بعض الأحوال مُعدِماً للرّضا، ومبرّراً لفسخ العقد.[1]

ولكن نقل الدّكتور عبدالرزّاق السنهوريّ المادّة ١١١٤ من القانون المدنيّ الفرنسيّ أنّه لا يعترف بأنّ مثل هذا النّفوذ الّذی سمّاه "النّفوذ الأدبيّ" معارضٌ للرّضا اللاّزم لتصحيح العقد، فيصحّ العقد ولو كان تحت هذا النّفوذ.[2]

أمّا فقهاءُ الشّريعة الإسلاميّة، فلم يذكروا حكمَ مثلِ هذا النّفوذ فی شروط صحّة العقد. وذلك لأنّ الشّريعة الإسلاميّة تُفرّق بين أحكام الدّيانة والقضاء. فلا شكّ أنّ استغلالَ الرّجل نفوذَه وجاهَه للدّخول فی عقدٍ مع مَن لايطيب نفسه بذلك العقد لايجوز شرعاً، ولايحلّ له فی الدّيانة ما أخذه بهذا الطّريق، لأنّ رسولَ الله صلّی الله عليه وسلّم قال:

"لايحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلاّ بطِيب نفسٍ منه."[3]

فحِلُّ الشّيئ فی الدّيانة لايتوقّف علی الرّضا الظّاهر فقط، بل يجب أن يكون معه طيبُ نفس المعطی.

---

(١) مادة ١٤ و١٦ من قانون العقد الإنكليزيّ (Contract Act 1872, section 14 & 16)

(٢) نظريّة العقد للسنهوريّ، مبحث الإكراه، ص ٤٢٢ و٤٢٣ فقرة ٤٠٤

(٣) أخرجه أحمد والطّبرانيّ فی الكبيروالأوسط، ورجال أحمد ثقات، كما فی مجمع الزّوائد، كتاب البيوع، باب الغصب وحرمة مال المسلم ٤: ١٧٢

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ طِيبَ النّفس وعدمَه أمرٌ خفيٌ يُشكل إثباتُه أو نفيُه فى القضاء، وقد أشكل ذلك فعلاً فى كثير من القضايا فى المحاكم الإنكليزيّة.[1] ولذلك لم يذكر فقهاءُ الشّريعة الإسلاميّة عدمَ طِيب النّفس من جمُلة ما ينفى التّراضيَ فى القضاء، إلاّ إذا اقترن معه إكراهٌ (بمعناه الواسع الّذى ذكرناه) أو تغريرٌ، أو غبْنٌ فاحش، أو اضطرارٌ، كما سيأتى، أوتهمةُ تعارض المصالح (Conflict of Interest) كما مرّ فى وليّ اليتيم. وبما أنّ إثبات "النّفوذ غير المشروع" (بحيثُ يؤدّى إلى عدم طيب النّفس من المتعاقد) كان من الصّعوبة بمكان، فإنّ القانون الإنكليزيّ حمّل عِبأ الإثبات (Onus of Proof) على المتّهَم، (كما فى مادة ١٦ من قانون العقد الإنكليزيّ) وأوجب عليه إثباتَ كون العقد غيرَ مبنيّ على "نفوذ غير مشروع"؛ ومعنى ذلك أنّه كلّما تعاقد صاحبُ جاهٍ مع من هو أدنى رتبةً، فإنّ الأصل أن يُفترضَ كونُ العقد مبنيّاً على عدم طِيب النّفس من الجهة المقابلة، حتّى يُثبِت المتّهَمُ بشهادةٍ أنّه كان شفّافاً غيرَ متأثّر بجاهه ورُتبته، مع أنّ تحميل المتّهَم عِبأَ الإثبات فى نفي التّهمة عنه معارضٌ للمبادئ العامّة، من أنّ عِبأ الإثبات على من يدّعى العُدوان، وليس على من رُمِى بالعُدوان، كما أنّ عِبأ الإثبات فى الإكراه هو على مَن يدّعى الإكراه، وليس على من اتُّهم به، فإن لم يكن هناك إكراهٌ ولاتغريرٌ ولااضطرارٌ ولا غبْنٌ فاحش، ولا تعارضُ المصالح، فمجرّدُ أنّ أحد العاقدين والدٌ لعاقدٍ آخر أو أستاذٌ له، أو رئيسُه لايبرّر افتراضَ عدم طيب النّفس من الجهة الأُخرى، حتّى يثبُت أحد الأمور المذكورة.

---

(١) راجع Chitty On Contracts, p.207, para444

www.besturdubooks.wordpress.com

٧٩- الاضطرار وأثره على البيع

وممّا يُعْدِمِ الرّضا الاضطرار. وقد ورد في ذلك حديثٌ عن عليّ رضي الله تعالى عنه، قال:

"سيأتي على النّاس زمانٌ عَضوضٌ يعُضّ الموسرُ على ما في يديه، ولم يؤمرْ بذلك. قال الله تعالى: وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ [البقرة: ٢٣٧] ويُبايعُ المضطرّون، وقد نهى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن بيع المضطرّ."[١]

ولكن في إسناده رجلٌ مجهول، كما نبّه عليه الخطّابيّ رحمه الله تعالى، وقال: "إلاّ أن عامّة أهل العلم كرهوا هذا البيع."[٢]

والمراد من بيع المضطرّ أن يَضطرّ الرّجل إلى شراء شيئٍ أو بيعه في حالةٍ يخافُ على نفسه إن لم يعقد البيع، مثلَ أن يكون جائعاً، ولاسبيلَ له إلى الطّعام إلاّ بأن يشتريَه بثمنٍ أكثر، أو بأن يبيعَ بعضَ ماله بثمنٍ أقلّ بكثيرٍ من ثمن مثله، وإنّما يفعله لدفْعِ جُوعه أو جوع عياله.

فإن اضطُرّ مثلُ هذا الشّخص إلى البيع أوالشّراء بغبْنٍ فاحش، فهو فاسدٌ عند الحنفيّة. أمّا إذا اضطُرّ إلى البيع أو الشّراء بثمن المثل، فالبيعُ صحيح. قال السُّغديّ رحمه الله تعالى في بيان البيوع الفاسدة:

"والثّاني عشر: بيعُ المضطرّ، وهو أن يضطرّ الرجل إلى طعامٍ أوشراب أو

---

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في بيع المضطرّ، حديث ٣٣٨٢

(٢) معالم السنن للخطابي رحمه الله تعالى ٣: ٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

لباس أوغيره، ولايبيعه البائعُ إلاّ أكثرَ من ثمنه بكثير، وكذلك الشّراؤ منه." [١]

وقال العلامة الحصكفي رحمه الله تعالى:

"بيع المضطرّ وشراؤه فاسد" [٢]

وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّ المراد من الشّراء منه، أى من المضطرّ، بأن اضطُرّ إلى بيعِ شيئٍ من ماله ولم يرضَ المشترى إلاّبشراءه بدون ثمن المثل بغبْن فاحش." [٣]

فالفساد مختصٌّ بما إذا اضطُرّ المرأ بالبيع أو الشّراء بغبن فاحش. والظّاهر أنّه إذا اشترى شيئاً بسبب الاضطرار المذكور، يحلّ له أن ينتفع بما اشترى لسدّ اضطراره، ولكن لايجب عليه إلاّ ثمنُ المثل، كما ذكره شيخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى فى إعلاء السنن. [٤] وليس ذلك حكماً بصحة البيع عند الحنفيّة، بل هو تناولٌ لما ملَكه بعقدٍ فاسد لمكان الضّرورة، فلا يضمن إلا ثمنَ المثل لفساد المسمّى.

وقد جاء فى الفتاوى البزّازيّة ما يدلّ بظاهره على أنّ بيع المضطرّ صحيح، ونصّها: "طالَبوه بمال باطل، وأُكره على أداءه، فباع جاريتَه بلا إكراهٍ على البيع جاز البيع، لأنّه غيرُ متعيّن لأداءه، وهذه عادةُ الظّلَمة إذا صادروا رجلاً أن يتحكّموا بالمال، ولايذكروا بيعَ شيئ من ماله. والحيلةُ له فيه أن يقول: من أين أُعطى ولامال لى؟ فإذا

---

(١) النتف فى الفتاوى ١: ٤٦٨

(٢) الدر المختار مع رد المحتار ١٤: ٥٦٩

(٣) ردّالمحتار، باب البيع الفاسد، ١٤: ٥٦٩ فقره ٢٣٣٣٣

(٤) إعلاء السنن، باب النهى عن بيع المضطر ١٤: ٢١٧

www.besturdubooks.wordpress.com

قال الظّالم: بِعْ جاريتَك، فقد صار مُكرهاً على بيع الجارية، فلا ينفُذ بيعه."[١]

والظّاهر منه أنّه في الحالة الأولى مضطرٌّ إلى البيع، ولكن صحّ بيعُه، ولذلك احتاج إلى الاحتيال ليأمرَه الظّالم المكرِهُ بالبيع، فيتحقّق الإكراه، ممّا يدلّ على أنّ الفاسد هو بيع المكرَه، وليس بيعَ المضطرّ. ولكن حمل ابن عابدين رحمه الله تعالى هذه الجزئيّة على ما إذا اضطُرّ إلى البيع بثمن المثل، وحينئذٍ يصحّ بيع المضطرّ، وإنّما الفاسد ما وقع فيه البيعُ بغَبْن فاحش، كما قدّمنا.[٢]

ومذهب الشّافعيّة والحنابلة في هذا مثلُ مذهب الحنفيّة. قال النّوويّ رحمه الله تعالى في بيان ما إذا اشترى مضطرٌّ ما يأكله:

"فإن كان المقدّرُ ثمنَ المثل، فالبيعُ صحيح...وإن كان أكثرَ من ثمن المثل، والتزمه ففيما يلزم أوجهٌ أصحّها عند القاضي أبي الطّيّب: يلزمه المسمّى، لأنّه التزمه بعقد لازم. وأصحّها عند الرّويانيّ: لايلزمه إلاّ ثمنُ المثل في ذلك الزّمان والمكان، لأنّه كالمكرَه. والثّالث، وهو اختيار الماورديّ: إن كانت الزّيادةُ لاتشُقّ على المضطرّ ليَساره لزمته، وإلاّ فلا. قال أصحابُنا: وينبغي للمضطرّ أن يحتال في أخذه منه ببيع فاسد، ليكون الواجبَ عليه القيمةُ بلا خلاف."[٣]

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

---

(١) الفتاوى البزازية، كتاب الإكراه، بهامش الهندية ٦: ١٢٨

(٢) راجع ردّالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٦٩

(٣) المجموع شرح المهذّب ٩: ٤٦ كتاب الأطعمة

www.besturdubooks.wordpress.com

"وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله، لم يلزمه إلاّ ثمنُ مثله، لأنّه صار مستحَقّاً له بقيمته، ويلزمه عوضه فى كلّ موضع أخذه. فإن كان معه فى الحال، وإلاّ لزمه فى ذمّته."(١)

والظّاهر أنَ مذهب المالكيّة مثله، لما قال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى:

"وأمّا من اضطرّه الحقّ إلى بيع متاعه، او اضطرّته الحاجةُ و الفاقةُ، فلا بأس بالشّراء منه بما يجوز التّبايُع به."(٢)

فقولُه: "بما يجوز التّبايُع به" يدلّ بمفهومه أنّه إن كان بغبنٍ فاحشٍ لايجوز.

وبعد اتّفاق هؤلاء الفقهاء على أنّه لايلزمُه إلاّ ثمن المثل، فإنّ فيهم خلافاً فى تخريج هذا الحكم. فقد ذكرنا تخريجَ الحنفيّة أنّ بيع المضطرّ فاسد، ولكن حلّ له تناولُ ما اشتراه، وضمِن القيمة، لاالمسمّى. وأمّا الشّافعيّة، فمنهم من خرّج هذه المسئلة على أنّ البيع صحيحٌ، ولكن لايلزم المضطرَّ إلاّ ثمنُ المثل، لكون البائع يجب عليه أن يبيعَه بثمن المثل، ومنهم من خرّجه مثلَ تخريج الحنفيّة أنّ العقد لاينعقد، وإنّما حلّ تناولُه من أجل الاضطرار بشرطِ ضمانِ القيمة، فلا يجبُ عليه إلاّ ثمنُ المثل. وهو الظّاهرُ من كلام ابن قدامة المذكور، والله سبحانه أعلم.

٨٠- من يبيع لإفلاسه أو قضاء دَينه

أمّا الّذى لايخاف على نفسه أو نفس عياله، ولكن يحتاج بسبب إفلاسه أو قضاء دَينه

---

(١) المغنى لابن قدامة ١١: ٨٠ كتاب الصّيد والذّبائح

(٢) الكافى لابن عبدالبر، باب من يجوز بيعه وتصرّفه الخ ص ٣٦١

www.besturdubooks.wordpress.com



أن يبيع مالَه، فليس مضطراً فی الاصطلاح. فالبيعُ الّذی عَقَده صحيح، ولوكان بغبْن، غيرَ أنّه مكروهٌ لمن يتعامل معه لكونه خلافَ المروءة. قال الخطّابیّ رحمه الله تعالی:

"بيعُ المضطرّ يكون من وجهين: أحدهما: أن يُضطرّ إلی العقد من طريق الإكراه عليه، فهذا فاسدٌ لا ينعقد (يعنی عند الشّافعيّة، وينعقد عند الحنفيّة فاسداً موقوفاً، كما سبق) والوجه الآخر: أن يُضطرّ إلی البيع لدَينٍ يركبه أو مُؤنة تُرهقه، فيبيعُ مافی يده بالوكْس من أجل الضّرورة، فهذا سبيلُه فی حق الدِّين والمروءة أن لايُبايَع علی هذا الوجه، وأن لايُفتاتَ عليه بماله، ولكن يُعانُ ويُقْرَض ويُستَمهل له إلی الميسرة، حتیّ يكون له فيه بلاغ. فإن عَقَد البيعَ مع الضّرورة علی هذا الوجه، جازفی الحكم ولم يُفسخ، وفی إسناد الحديث (يعنی حديث علیّ رضی الله تعالی عنه) رجلٌ مجهول لاندری من هو، إلاّ أنّ عامّة أهل العلم قد كرهوا البيع علی هذا الوجه."[١]

وقال شيخنا العثمانيّ التهانويّ رحمه الله تعالی بعد ما ساق هذه العبارة:

"ففيه أنّ الوجه الثانيَ ليس من بيع المضطرّ، بل من بيع المحتاج، فإنّ المضطرَّ شرعاً إنّما هو الخائفُ علی نفسه، فلا يلحَق به إلاّ مَن هو مثلُه، لامَن هو دونه. وإنّما كرِه عامّة أهل العلم بيعَ مثل هذا المحتاج لحقّ الدِّين والمروءة، لالكونه فی حكم المضطرّ."[٢] والله سبحانه وتعالی أعلم.

---

(١) معالم السنن للخطابي رحمه الله تعالی ٣: ٨٧

(٢) إعلاء السنن، ١٤: ٢١٤ و٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

٨١- التّغرير وأثره على البيع

والأمر الثالث الّذى يُفوّت التّراضى، هو التّغرير أو الخداع من قِبل أحد المتعاقدين. وإنّ اصطلاح عامّة الفقهاء أنّ الخِداع إن كان قوليّاً، فإنّه يُسمّى "تغريراً" وإن كان فعليّاً، فإنه يُسمّى "تدليساً".

٨٢- التّغرير القوليّ وأنواعه

والتّغرير بيانٌ من أحد العاقدين يبنى عليه الطّرفُ الآخر رضاه بالدّخول فى العقد، ثمّ يتبيّن كونُه كاذباً. وهو قريبٌ ممّا يُسمّى فى القانون الإنكليزيّ تمويهاً (Misrepresentation) وهو على أنواع ثلاثة:

النّوع الأوّل: التّغريرُ فى بيان جنس المبيع، وذلك مثل أن يقول بائعُ الحِلية أنّها حِليةُ ذهب، فيتبيّن أنّها من فضّة مطليّة بالذّهب. فالبيع فى مثل هذا باطل.[١]

والثّانى: أن يكون التّغريرُ فى بيان وصفِ المبيع، مثل أن يقول بائعُ السّيّارة أنّها جديدة، أو مصنوعةٌ من بلد مخصوص، فتبيّن خلافُ ذلك. وكذلك إن علّق على المبيع بطاقةً مكتوباً عليها أنّه من صُنع يابانِ مثلاً، وتبيّن أنّه من المصنوعات المحلّيّة، أو جعل عليها علامةً تجاريّةً (ماركه) كاذبة. فتنطبق عليه أحكامُ خيار فوات الوصف، لأنّ قولَ البائع إنّ المبيعَ موصوفٌ بصفةٍ معيّنة، ورضا المشترى على ذلك الأساس فى حكم اشتراط ذلك الوصف فى المبيع، وإذا اشتُرط وصفٌ خاصٌّ فى

(١) قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "إذا اشترى هذه الجارية، فظهرت غلاماً، فالبيع باطل لعدم المبيع." (فتح القدير ٦: ٦٦ و٦٧ باب البيع الفاسد)

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيع، حصل للمشترى خيارُ الفسخ عند فواته،كماسيأتى تفصيله فى مباحث الخيار إن شاء الله تعالى.

والنّوع الثّالث: التّغريرُ فى بيان قيمة المبيع السّوقيّة، مثل أن يقولَ البائع: قيمتُه فى السّوق ألف، فيتبيّن أنّه خمسمائة مثلاً، أو يقول المشترى للبائع: قيمتُه فى السّوق خمسمائة، فيشتريه من البائع بخمسمائة، ثمّ يتبيّن للبائع أنه يُباعُ فى السُّوق بألف. وفى هذه الصّورة تنطبق أحكامُ خيار المغبون. وستأتى تفاصيلُ ذلك فى مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

ومعظمُ مبادئ التّغرير متّفقٌ عليها فيما بين الأئمّة الأربعة حسبَ التّفصيل الآتى فى مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى، ولكن انفرد الحنابلةُ بجزئيّةٍ أدخلوها فى التّغرير خلافاً للمذاهب الأخرى. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو قال البائع: أعْطيتُ بهذه السّلعة كذا وكذا، فصدّقه المشترى واشتراها بذلك، ثمّ بانَ كاذباً، فالبيعُ صحيحٌ، وللمشترى الخيارُ أيضاً، لأنّه فى معنى النّجْش."[1]

ومعناه أنّ البائع ادّعى كاذباً أنّه اشتراه بثمن كذا، وتبيّن أنّه كان اشتراه بثمن أقلّ. فيقول الحنابلة إنّ المشتريَ له خيارُ الفسخ، ولو كان البيع مساومةً، لا مرابحةً. أمّا الفقهاء الآخرون، فيُثبتون هذاالخيارَ إن كان البيعُ مرابحةً، وكذَبَ البائع فى بيان تكلفته، لأنّ المرابحةَ من بيوع الأمانة، كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى، والبيعُ

---

(١) المغنى ٤: ٢٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

مبنيٌّ على التّكلفة والرّبح. فالكذب فى بيان التّكلفة تغريرٌ من قِبل البائع.[١] أمّا فى المساومة، فليس البيعُ مبنيّاً على تكلفة البائع. فبيانُ البائع لتكلفَته فى المساومة أمرٌ زائدٌ لا يقتضيه البيع، فلا يُثبت الخيارَ للمشترى، لأنّ البيع لم يقع على أساس التّكلفة.

٨٣- التّغريرُ الفعليّ

أمّا التّغريرُ الفعليّ الّذى يُسمّى تدليساً، فعرّفه الدّردير رحمه الله تعالى بقوله: "هو أن يفعلَ البائعُ فعلاً فى المبيع يُظنّ به كمالاً، وليس كذلك."[٢] ومن أمثلتِه صَبغُ الثّوب القديم ليُظَنّ أنّه جديد. ويُقاسُ عليه أنّ بائعَ السّيّاراتِ الجديدة وضع فى جُملتها سيّارةً مستعملةً بشيئٍ من التّدليس. وهو قريبٌ ممّا يُسمّى فى القانون الإنكليزيّ "الخداع" (Fraud) وحكمُه حكمُ التّغرير فى أنّه إن كان مقروناً بالغبْن الفاحش، أو فواتِ الوصف المرغوب فيه، يثبتُ للمشترى خيارُ الفسخ، وفى بعض الحالات يحقّ له مطالبةُ الأرش، أو الرّجوع بالنّقصان، بأن يُطالبَ البائعَ بالفرق بين قيمة المبيع النّاقص والكامل. وسيأتى التّفصيل فى مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

٨٤- الخطأ وأثره على العقد

و قد ذكر أصحابُ القوانين الوضعيّة فى جملة الأمور المفوّتة للتّراضى: "الخطأ" أو "الغلط" (Mistake)[٣] وهو مختلفٌ من التّغرير أو التّدليس فى أنّ التّغريرَ هو الكذبُ

---

(١) ردّالمحتار، باب المرابحة والتّولية ١٥: ١٣٧ فقره ٢٤٠٩٦

(٢) الشرح الكبير مع الدّسوقي ٣: ١١٥

(٣) راجع نظريّة العقد للدّكتور عبدالرزاق السنهوري ص ٣٤٩ ومابعده و Chitty: On Contract, Chapter 5, & Contract Law, by Neil Andrews, Chapter 10

www.besturdubooks.wordpress.com

أو الخداعُ المتعمَّد من أحد طرفي العقد. أمّا "الخطأ"، فهو الخطأ فى فهم أحدِ العاقدَين أو كليهما، دون أن يتعمّد أحدٌ بالكذب أو الخداع.

وبما أنّ أنواع الخطأ وجزئيّاته مختلفةٌ، فإنّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة لم يذكروه كأصلٍ فى بابٍ أو فصلٍ مستقلّ، ولكن ربّما ذكروا بعضَ جزئيّاتِه فى مواضع مختلفة، وربّما استغنَوا عنه ببيان الأصول المطّردة فى الأبواب الأخرى الّتى تُعطى حُكمَ الخطأ بداهةً. ونريد أن نذكر أنواعَ الخطأ فى جزئيّاتٍ آتية، وبالله سبحانه التّوفيق.

٨٥– الخطأ فى صيغة العقد. وهو أن يجريَ على لسان العاقد لفظُ البيع خطأً، أو تلفّظ بلفظٍ لايعرف أنّه صيغةُ إنشاء البيع. وصورتُه، كما ذكره ابن أمير الحاج رحمه الله تعالى، أنّه أراد أن يقول: "سبحان الله" فجرى على لسانه: "بعتُ هذا منك بألفٍ"، وقَبِلَ الآخَرُ وصدّقه فى أنّ البيعَ خطأٌ، وذكر ابن الهمام أنّه ليس فيه روايةٌ عن أئمّة الحنفيّة، ولكن ينبغى أن ينعقد فاسداً، وأن يملكَ المبيع بالقبض. لأنّ هذا الكلام صدر عنه باختياره، ولكن يفوتُه الرّضا، فصار كالمكرَه. ثمّ رجّح ابنُ الهمامِ رحمه الله تعالى أنّ حكمَه حكمُ الهازل، فلا يملك المبيعَ بالقبض.[١] وهذا ترجيحٌ لبطلان البيع من أصله.

وصرّح الشّافعيّة أنّ بيعَ المخطئ بهذا الشّكل غير منعقد أصلاً. قال الشّربينيّ الخطيب رحمه الله تعالى: "ولابدّ أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع، كما فى نظيره فى

(١) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، المقالة الثانية، الفصل الرابع من الباب الأول ٢: ٢٠٥ و٢٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الطّلاق. فلو لم يقصده أصلاً، كمن سبق لسانُه إليه، أو قصَدَه لا لمعناه، كمن لقّن أعجميّاً ما لايعرفُ مد لولَه، لم ينعقد."[١]

ويبدو أنّ مذهبَ المالكيّة مثلُ مذهب الشّافعيّة أنّ البيع فى مثله غيرُ منعقدٍ، لأنّه يُشترط فى أسباب انتقال المِلك كالبيع والهبة وغيرِهما القدرةُ والعلمُ والقصدُ، كما ذكره القرافيّ رحمه الله تعالى وقال: "فمن باع وهو لا يعلم أنّ هذا اللّفظ أو هذا التّصرُّفَ يُوجِبُ انتقالَ الملك، لكونه عجميّاً أو طارئاً على بلاد الإسلام، لا يلزمه بيعٌ.[٢]

وأمّا الحنابلة، فلم أجد عندهم حكمَ الخطأ بهذا الشّكل صراحةً، ولكن ذكروا أنّه يُشترط لصحّة البيع أن يكون بالتّراضى منهما، وهو أن يأتى به اختياراً [٣]. ويُمكن أن يُفهم منه أنّهم يعتبرون بيع المخطئ باطلا.[٤]

أمّا أن يكون الرّجل من غير أهل اللّسان لايعرف اللّغة المحلّيّة، ولا معنى البيع، فيُمكن إثباتُه بالبيّنة. ولكن إن ادّعى أنّه يعرف معنى البيع أو الشّراء، ولكن سبقت هذه الكلمةُ على لسانه بدون قصد، فإنّ إثباتَه بالبيّنة مشكل. ولذلك اشترط ابن أمير الحاج أن يُصدّقه الطّرف الآخر فى أنّه لم يقصد هذه الكلمة، وقال رحمه الله تعالى: "إذ لايُمكن إثباتُه إلاّ بهذا الطّريق."[٥]

---

(١) مغنى المحتاج ٢: ٧ كتاب البيع ومثله فى نهاية المحتاج ٣: ٣٧٣

(٢) الفروق للقرافيّ، الفرق السادس والعشرون ١: ١٦٢ و١٦٣ ونهاية المحتاج ٣: ٣٧٣

(٣) كشاف القناع ٣: ١٣٩

(٤) الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة ١٩: ١٥٦ و١٥٧

(٥) التقرير والتحبير ٢: ٢٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

٨٦- الثّاني: الخطأ في وجود المبيع: وذلك أن يُعقد البيع على اعتقاد أنّه موجود، فيتبيّن أنّه غير موجود، مثل أن يبيع زيد الخضراواتِ المعيّنة في مخزَنه، وقد رآها المشتري قبل البيع، فلمّا فُتِح المخزن، تبيّن أنّها تلِفت أو سُرقت قبل البيع، فالبيع باطلٌ بداهة.

٨٧- الخطأ في اعتقاد المبيع أنّه غير مملوك للمشتري. وذلك مثلُ أن يشتريَ زيدٌ عقاراً من عمروٍ باعتقاد أنَ عمرواً مالكٌ له، ثمّ يتبيّن أنّه كان مملوكاً للمشتري نفسِه، مثل أن يكون قد ورثه من أحد، ولم يعلم بذلك عند الشّراء. وجرت القوانين الوضعيّة على أنّ مثل هذا الخطأ يُبطل البيع.[1] ولعلّ الفقهاءَ استغنَوا عن بيان حُكمه لأنّ شرط صحّة البيع أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع، فإذا تبيّن أنّه ليس بمملوكٍ له، بطل العقد بداهة.

٨٨-الاستحقاق. وهو أن يشتريَ زيدٌ من عمروٍ على اعتقاد أنّه هو المالك، ثمّ يتبيّن بالبيّنة أنّ المالك الحقيقيّ هو خالد، وليس عمرواً، فقد ذكر الفقهاءُ حكمَه في باب الاستحقاق بتفصيل. والموقف المختارُ عند الحنفيّة أنّ البيعَ لاينفسخ بمجرّد ثبوت الاستحقاق، بل يبقى موقوفاً على إجازة المستحِقّ إلى أن يقبض المستحِقّ (المالك الحقيقيّ) المبيع، ويرُدَّ البائعُ الثّمن إلى المشتري. فإن أجاز المالكُ الحقيقيُّ البيعَ، استمرّ المشتري على مِلكه، ورجع المالكُ الحقيقيُّ بالثّمن على البائع. وإن لم يُجِزْه، فالبيع مفسوخ، ويستحقّ أن يقبضَ المبيع من المشتري، ويرجعَ

---

(١) Chitty: On Contacts, Para 283

www.besturdubooks.wordpress.com

المشترى بالثّمن على البائع.[1]

والحكمُ كذلك فى مذهب المالكيّة، لأنّهم متّفقون مع الحنفيّة فى كون بيع الفضوليّ موقوفاً. ويدلّ على ذلك ما ذكر فى المدوّنة الكبرى من أنّ الأرض المؤجَرة لسنين لو استُحِقّت، فإنّ المستحِقّ يكون بالخيار فيما بقيَ من السّنين، إن شاء أجاز الكراءَ إلى المدّة، وإن شاء نقض.[2]

أمّا الشّافعيّة والحنابلة، فإنّ بيعَ الفضوليّ عندهم باطلٌ من أصله، كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى باب البيع الموقوف. فينبغى أن يكون الحكمُ فى الاستحقاق مثله بالطّريق الأولى.

٨٩- الخامس: الخطأ فى معرفة المبيع. وهو أن يقع الخطأ فى معرفة جنس المبيع، أو وصفه الجوهريّ الّذى يُبنى عليه العقد، أو فى قدره. بأن يُعقد البيعُ على اعتقاد أنّ المعقودَ عليه من جنسٍ، فتبيّن أنّه من جنسٍ آخر، مثل أن يشتريَ بظنٍّ أنّ ما اشتراه ياقوت، فتبيّن أنّه زُجاجٌ، أو يشتريَ بظنّ أنّ المبيع قماش، فتبيّن أنّه بلاستيك. وكذا إذا اتّحد الجنسُ، ولكنّ التّفاوتَ بين المعقود عليه وما أراده العاقدُ تفاوتٌ فاحش، مثل أن يشتريَ ثوباً على ظنّ أنّه ثوبٌ مصنوع فى يابان، فيتبيّن أنّه محلّيّ. فهذا الخطأ إن كان من كلا العاقدين، يُسمّى فى القوانين الوضعيّة "خطأً مشتركا" (mutual mistake) وإن أخطأ أحد الطّرفين فى زعمه، دون الآخر، فإنّه يُسمّى "خطأ فرديّاً" (unilateral mistake)واتّفقت القوانين الوضعيّة على أنّ الخطأ المشترك يُبطل

---

(١) ردّ المحتار، باب الاستحقاق ١٥: ٢٩٥ و٢٩٦ فقره ٢٤٥٢٧

(٢) المدوّنة الكبرى ٤: ١٩٢، كتاب الاستحقاق

www.besturdubooks.wordpress.com

التّراضي، فيبطُل به العقد.[١]

٩٠- الخطأ المشترك

وإنّ أقربَ نصٍّ في الحديث للجهل المشترك، (الّذي ينشأ عنه الخطأ المشترك) قصّةٌ طريفةٌ ذكرها رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن بعض أُممٍ ماضية فيما أخرجه الشّيخان عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال النّبيّ صلى الله عليه وسلم:

"اشترى رجلٌ من رجلٍ عقاراً له، فوجد الرّجلُ الّذي اشترى العقارَ في عقاره جرّةً فيها ذهبٌ، فقال له الّذي اشترى العقار: خُذْ ذَهَبَك منّي، إنّما اشتريتُ منك الأرضَ، ولم أبْتَعْ منك الذّهَبَ، وقال الّذي له الأرض: إنّما بعتُك الأرضَ وما فيها، فتحاكما إلى رجلٍ، فقال الّذي تحاكما إليه: ألَكُمَا وَلَدٌ؟ قال أحدُهما: لي غلامٌ، وقال الآخرُ: لي جاريةٌ، قال: أنكحوا الغلامَ الجاريةَ، وأنفقوا على أنفُسهما منه وتصدّقا."[٢]

وقد ذكر الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى أنّه قد وقع في رواية إسحق بن بشر في هذا الحديث أنّ الّذي وجده المشتري في الأرض كان كنْزاً مدفوناً، وقال البائعُ: "ما دفَنتُ ولا علمتُ"[٣]

وهذه القصّة في الواقع مثالٌ نيّرٌ لديانة المتعاقدين وورعِهم وتقواهم، حيثُ لم يقعْ بينهما نزاعٌ بمحاولة كلٍّ منهما أن يتملّك ذلك الكنز، بل حصل بينهما التّدافعُ

---

(١) Chitty: On Contracts, Para 275 ونظريّة العقد للدّكتور عبدالرزاق السّنهوريّ ص ٣٧٨

(٢) صحيح البخاري، قبيل كتاب المناقب، حديث ٣٤٧٢

(٣) فتح الباري، كتاب أحاديث الأنبياء ٦: ٥١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

بالعكس، وعَرَض المشترى ما وُجد فى الأرض من زيادة، وأبى البائع أن يقبَله، حتّى تحاكما إلى رجلٍ حَكَم بما ينفعهما بطريق الصّلح. ولكن ذكر الفقهاءُ تحتَ هذا الحديث حكمَ أصل المسئلة، ومَن كان يستحقّه بحكم البيع. وبعبارةٍ أخرى: لو حدث بينهما نزاعٌ، وادّعى البائعُ أنّه باع أرضاً ولم يعلم بما فيها، ولو علمَ لزاد فى قيمتها، وأبى المشترى، فمن يستحقّ الكنز؟ وفيه قال العينيّ رحمه الله تعالى:

"حكى المأزريّ خلافاً عندهم فيما إذا ابتاع أرضاً، فوجد فيها شيئاً مدفوناً، هل يكون ذلك للبائع أو للمشترى؟ فإن كان من أنواع الأرض، كالحجارة والعُمُد والرُّخام، فهو للمشترى، وإن كان كالذّهب والفضّة، فإن كان من دفين الجاهليّة، فهو ركاز. وإن كان من دفين المسلمين، فهو لقطة...وقال ابن التّين: فإن كان من دفائن الإسلام، فهو لقطة، وإن كان من دفائن الجاهليّة، فقال مالك: هو للبائع. وخالفه ابن القاسم، فقال: إنّ ما فى داخلها بمنزلة ما فى خارجها، وقول مالك أحسن، لأنّ من مَلَك أرضاً باختطاط، مَلَك ما فى باطنها، وليس جهلُه به حينَ البيع يُسقط مِلكَه فيه."

وقال الأُبيّ رحمه الله تعالى:

"قلتُ: وعلى أنّه ركازٌ، فقال ابنُ القاسم: هو للمشترى، وقال مالك: هو للبائع، وصوّبه اللّخميُّ، وما ذكر من أنّه لقطة كان الشّيخ يقول: إنّما هو للبائع، والخلافُ فيما يكون للمشترى أو للبائع إنّما هو فيما يُوجد من الرّكاز، وكانت نزلت فى دار رجلٍ يقال له: القباطيّ، توفّي، فبيعت الدّارُ، فوجد المشترى فيها بوقالاً مملوءاً ذهباً، فحكم القاضى عمرُبنُ عبد الرّفيع به

www.besturdubooks.wordpress.com

لورثة البائع، أشهدَ على حكمه بذلك الشَيخَ وغيرَه منَ أكابر العدول، وكان الشّيخُ يصوّبُ حكمَه بذلك، والأقرب، والله أعلم، أنَ ما كان من دفن الإسلام فى القديم، فهو لقطةٌ، وإنَ كان دفنُه فيما قَرُبَ من الزّمان فهو للبائع أو الورثة، وللقرائن فى ذلك مدخل. وكان هذا القباطيُّ مات فجأةً قتيلاً لم يُوصِ، وجعل ذلك من القرائن الدالّة على أنَ المالَ له."[1]

وهذا يدلّ على أنّ جهلَ ما يتضمّنه المبيع من الأشياء الثّمينة لايُسقِط حقَّ البائع فيها، وهو قريبٌ من الخطأ المشترك، لأنَ كونَ الأرض فيها كنْز، لم يعرفه أحدٌ من العاقدين. ولكن لم يبطُل به البيع، بل ثبت حقُّ البائع فى الكنْز الّذى لم يكن محلَّ العقد. ولم يذكر هؤلاء الفقهاءُ حكمَ ما إذا طلب البائعُ فسخَ العقد على أساس أنّه لو علم أنَ فيه كنزاً، لزاد فى قيمته، لأنَ حلَّ المشكلة يُمكن بتسليم الكنْز إلى البائع، وبيعُ الأرض لايتضمّن شيئاً آخر من غير جنسه. أمّا إذا وُجد ما هو من جنس الأرض، كالحجارة والرّخام، فهو داخلٌ فى بيع الأرض، لأنّ "الأرض" يشمل ما فى باطنها من جنسها، فدخل مافى بطنها، سواءٌ أعلمه العاقدان أم لم يعلما.

وقد ورد فى قول المالكيّة ما يدلّ على أنّ العقد فى الخطأ المشترك باطلٌ. قال الحطّاب ناقلاً عن ابن رشد:

"من اشترى ياقوتةً وهو يظنّها حجراً، ولايعرفها البائع ولاالمبتاع، فيجدُها على ذلك، أو يشترى القُرطَ يظنّه ذهباً، فيجده نُحاساً، أنَ البيع يُردّ فى

---

(١) شرح الأبى على صحيح مسلم (إكمال إكمال المعلم)، كتاب الأقضية ٥: ٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الوجهين. وهذا الاختلافُ إنّما هو إذا لم يُسمِّ أحدهما الشّيئ بغير اسمه،[١] وإنّما سمّاه باسمٍ يصلح له على كلِّ حال."[٢]

والأصلُ عند الحنفيّة أنّه لو وقع الخطأ فى تعيين جنس المبيع، مثل أن يقع البيعُ على الخَلِّ، فتبيّن أنّه دِبس. فالبيع باطل، إلاّ عند الكرخيّ رحمه الله تعالى، حيثُ جعله فاسداً. وإن كان الخطأ فى تعيين وصف المبيع، مثل أن يبيعَ كبشاً، فتبيّن أنّه نعجة،[٣] فإنّه يُثبت الخيارَ للمشترى.[٤]

وكذلك الأصل عندهم أنّه لو وقع الاختلاف فى التّسمية والإشارة، بحيثُ سمّى شيئاً وأشار إلى الآخر، فالعبرةُ للتّسمية، دون الإشارة. بحيثُ إن كان المُشارُ إليه عينَ المسمّى، صحّ البيع، وإن كان المشارُ إليه غيرَ المسمّى، فالبيع باطلٌ إن كان هناك اختلافُ الجنس، ويثبت الخيار إن كان بغير الوصف المسمّى.

٩١- الخطأ الفرديّ

أمّا إذا كان الخطأ فرديّاً، بأن أخطأ ظنُّ أحدهما دون الآخر، فلا نستطيع أن نذكر فيه حكماً عامّاً يشمل جميعَ جزئيّاته. وإنّما يدورُ حكمُه على نوع التّعامل. ففى بعض

---

(١) لأنّه لو سمّاه بغير اسمه دخلت المسئلة فى التّغرير، لا الخطأ.

(٢) مواهب الجليل ٤: ٤٦٦

(٣) لأنّ الذّكورة والأنوثة فى البهائم وصفٌ عند الحنفيّة. وقال الحنابلةُ: لو قال: البائع بعتُك هذا البغل بكذا، فقال اشتريته، فبان المشارُ إليه فرساً أو حماراً لم يصحّ البيعُ، ومثلُه بعتُك هذا الجملَ فبان ناقةً ونحوه، فلا يصحُّ البيعُ للجهل بالمبيع. (كشاف القناع ٣: ١٥٤) فاختلاف الذّكورة والأنوثة عندهم اختلافٌ فى الجنس.

(٤) راجع تبيين الحقائق للزّيلعيّ ٤: ٣٨٠ و ٣٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

الصوَر، حَكَم الفقهاء بأنه لايؤثّر الخطأ الفرديُّ على صحة العقد، بل إذا وقع الخطأُ من أحد العاقدين فى البيع، فالبيعُ صحيحٌ منعقدٌ بالرّغم من كون أحدهما أخطأ فى معرفة المبيع. قال الحطّاب رحمه الله تعالى ناقلاً عن أشهب:

" سُئل مالكٌ عمّن باع مُصَلًّى، فقال المشترى: أتدرِى ما هذا المصلّى؟ هي - والله خزٌّ -، فقال البائع: ما علمتُ أنّه خزٌّ، ولو علمتُه ما بعتُه بهذا الثّمن. قال مالك: هو للمشترى، ولا شيءَ للبائع، لو شاء استبرأه قبل بيعه."[١]

وقال القليوبيّ من الشّافعيّة:

" لو اشترى زُجاجةً يظنُّها جوهرةً فالعقد صحيحٌ، إن لم يصرِّح بلفظ الجوهرة، وإلّا فالعقد باطلٌ، وحكى عن شيخه صحّةَ العقد وثبوت الخيار قال: وفيه نَظَرٌ"[٢]

ولكن هناك بعض أنواع من العقود يؤثّر فيه الخطأ الفرديّ أيضاً، ويُبطل العقد، بشرط أن يعترف الطّرفُ الآخر بخطأه، مثل ما ذكره إمام الحرمين الجوينيّ رحمه الله تعالى فى بيان المرابحة:

"فأمّا إذا قال البائع: قد غلطتُ إذ ذكرتُ المائة (يعني ذكرتُ أنّى اشتريتُ هذه السّلعة بمائة، وأربحك عليه) فإنّى كنتُ اشتريتُه بمائةٍ وخمسين، فإن

---

(١) مواهب الجليل ٤: ٤٦٦

(٢) حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلي على المنهاج ٢: ١٦٤، والمجموع ١٢: ٣٣٤ و٣٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

صدّقه المشترى فى ذلك، وثبت الغلطُ بتوافقهما، فالّذى ذكره الجمهور من الأصحاب أنّا نتبيّن فسخَ العقد من أصله...فأمّا إذا لم يعترف المشترى بما ادّعاه البائع، فقال البائع: قد كنتُ اشتريتُ بمائة وخمسين، وغلطتُ بذكر المائة، فلا يُرجع إلى قول البائع."[١]

وقد ذكر الجوينيّ رحمه الله تعالى قبل ذلك أنّ البائعَ فى المرابحة إن أخطأ بالعكس من المسئلة السّابقة، بأن ذكر أنّه اشترى بمائة وخمسين مثلاً، ثمّ بان أنّه ذكر ذلك خطأً، وإنّما اشترى بمائة، فالعقد صحيحٌ، ويُحطّ من ثمن المبيع بقدر خمسين وربحه.[٢]

ويتحصّل من هذه الجزئيّات أنّه يصعُب بيانُ حكمٍ عامّ للخطأ فى جميع العقود وجميع الحالات. وإنّ الأصل المتّبَع فيه هو أثر الخطأ على التّراضى، ومعرفةُ مستوى الضّرر الّذى حصل بسبب الخطأ، وتعيينُ من يتحمّل تبعةَ ذلك الخطأ. وهذا يُمكن أن يختلف من عقدٍ إلى عقد، ومن حالٍ إلى حال. ولعلّ هذا هو السّبب فى أنّ الفقهاء لم يذكروه كأصل، وإنّما تكلّموا على حُكمه فى مختلف الأبواب والجزئيّات، لأنّ لكلّ واحد منها حكماً مستقلّاً لايجب أن يطّرد فى الأحوال والجزئيّات الأخرى. والفصلُ فى مثل هذه الأشياء موكولٌ إلى القضاء، ويحكُم القاضى حسب ما يراه أوفقَ بالعدل والأصول الثّابتة فى كلّ قضيّةٍ تعرض أمامه.

---

(١) نهاية المطلب فى دراية المذهب للجوينيّ ٥: ٢٩٩ و ٣٠٠: باب المرابحة

(٢) نهاية المطلب ٥: ٢٩٨ و ٢٩٩

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا القوانين الوضعيّة، فقد اختلفت فى حكم الخطأ الفرديّ. فالأصل الّذى جرى عليه القانونِ الإنكليزيِّ، هو أنّ الخطأَ إنّما يُعتبر مُفسداً للتّراضى إذا كان خطأً مشتركا (mutual mistake). أمّا الخطأ الفرديّ (unilateral mistake) فلا يؤثّر على صحّة العقد فى عامّة الأحوال، ويبقى العقد صحيحاً. فقالوا: لواشترى أحدٌ خاتماً باعتقاد أنّه خاتم الذّهب، ولم يذكر البائع أنّه من ذهب أو فضّة، وإنّما باع خاتماً مطلقاً، ثمّ تبيّن للمشترى أنّه خاتمُ فضّة، فليس للمشترى الخيار فى فسخ البيع.[1]

أمّا القانونُ الفرنساويُّ، فإنّه يَعتبر خَطَأَ الطَّرَفِ الواحد مُفسداً للعقد إن كان الطَّرَفُ الآخَرُ يعلم أنَّ المتعاقِدَ معه فى ظنٍّ خاطئٍ ولم يُنبِّهه على ذلك.[2]

٩٢- بيع التّلجئة والهزل

وممّا لايوجد فيه التّراضى "بيع التّلجئة". وأصلُه، كما عرّفه ابن قدامة رحمه الله تعالى: "أن يخاف أن يأخذَ السّلطانُ أوغيرُه مِلكَه، فيُواطئُ رجلاً على أن يُظْهِرا أنّه اشتراه منه، ليَحتَمِيَ بذلك، ولايريدان بيعاً حقيقيًا."[3] وفرّق بعضُهم بينه وبين الهزل أنّ الهزلَ أعمّ، حيث يجوز للهازل أن لايكونَ مضطرّاً، والتّلجئة إنّما تكون فى الاضطراركما سبق. و لكن قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "والأظهرُ أنّهما سواءٌ

(١) Chitty: On Contracts, v.1.p.126, Chapter 5, para 272 وبالرغم من بيان هذا الأصل، فإنّه ذكر فى الفقرة ٢٨٩ وما بعدها أحوالاً خاصّة يُعتبر فيها الخطأ الفرديّ مفوّتاً للرّضا.

(٢) نظريّة العقد للدكتور السنهوريّ ص ٣٨٣ إلى ٣٨٥

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

في الاصطلاح، كما قال فخر الإسلام: التّلجئة هيَ الهزل."[١]

والحاصل أنّ المراد من بيع التّلجئة أو الهزل اصطلاحاً أن يعقدا البيعَ بتفاهُمٍ سابقٍ أنّهما لايُريدان بذلك بيعاً حقيقيّاً، وإنّما يُظهران عقدَ البيع أمامَ غيرهما لسببٍ من الأسباب.

وحكمُ التّلجئة أنهما إن تواضعا قبلَ البيع أنّ ما سيعقِدانه من البيع، فإنّه هزلٌ غيرُ مقصود، ثمّ عقدا البيع، فالبيع باطلٌ غيرُ منعقد، لأنّهما تكلّما بصيغة البيع في الظّاهر، ولم يقصدا البيعَ في الباطن، فانعدم التّراضي الّذي هو شرطٌ لصحّة البيع. وهذا ظاهرُ الرّواية عن أبي حنيفة، وهو قول صاحبيه، وهوالمشهورمن مذهب الإمام أحمد. رحمهم الله تعالى جميعا.[٢]

وقال الشّافعيَ رحمه الله: البيعُ منعقد، لأنّه لاعبرةَ بما اتّفقا عليه في السّرّ، وإنّما العبرةُ بالعقد الّذي أظهراه، وقد عقدا عقداً صحيحاً بشرائطه، فلايؤثّر فيه ماتقدّم من الشّرط.[٣]

ولم أجد عند المالكيّة حكمَ ما إذا تواضع المتعاقدان قبلَ العقد أنّ ما سيعقدان من عقدٍ فإنّه يكون هزلاً، ولكن ذكروا حكمَ ما إذا ادّعى أحدُهما أنّه لم يُرد العقد، وأنّ ما تكلّم به كان هزلاً. والّذي يظهر من عباراتهم في هذه المسئلة أنّهم فرّقوا بين ما إذا كان البيعُ بصيغة الماضي، وبين ما إذاكان بصيغة المضارع. فقالوا: لوكان البيعُ بصيغة

(١) ردالمحتار ١٥: ٥٧٣
(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٨٩ والفروع لابن مفلح ٦: ١٧٦
(٣) المجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الماضي، لم يُقبلْ دعوى الهزل من أحدهما، ولو حلف على ذلك. أمّا إذا كان بصيغة الأمر، قُبِل قولُه في دعوى الهزل مع الحلْف.[1]

وقد ذكرالمالكيّةُ التّلجئةَ فيما يُسمّونه "شهادةَ الاسترعاء". ومعناه أن يكتُب المسترعِي كتاباً سِرّاً، بأنّه إنّما يفعل هذا التّصرّفَ لأمرٍ يتخوّفه على نفسه، أو مالِه، وأنّه يرجعُ فيما عَقَد عند أمْنه ممّا يتخوّفه، ويُشْهِد على ذلك شهودَ الاسترعاء. فإنّهم أجازوا القضاءَ بشهادةِ الاسترعاء على بعض التّصرفات الّتي يقوم بها الإنسان اضطراراً ، كالطّلاق، والوقف، والهبة، والتّزويج، ونحو ذلك. وَقَدْ ذكر ابنُ فرحون رحمه الله تعالى أنّه يجُوزُ الاسترعاءُ في التّصرّفات الّتي هي من باب التّطوّع، كالطّلاق، والتّحبيس، والهِبة، ولا يلزمه أن يفعل شيئاً من ذلك ، وإن لم يُعلَم السّببُ إلاّ بقوله، مثل أن يُشهد أنيّ إن طلّقتُ، فإنيّ أطلّق خوفاً من أمرٍ أتوقّعه من جهة كذا، أو حلف بالطّلاق، وكان أشهد أنّي إن حلفتُ بالطّلاق، فإنمّا هو لأجل إكراهٍ ونحو ذلك. فهذا وما ذكرناه معه لا يُشترط فيهما معرفةُ الشّهود السّببَ المذكور.

ولكن قال ابن فرحون رحمه الله تعالى:

"لا يجوز الاسترعاءُ في البيوع، مثل أن يُشهِد قبل البيع أنّه راجعٌ في البيع، وأنّ بيعَه لأمرٍ يتوقّعه، لأنّ المبايعةَ خلافُ ما تطوّع به، وقد أخذ البائعُ فيه

---

(١) جاء في شرح الدردير: "وهو كذلك عند ابن القاسم، حيثُ فرّق بين الماضي والمضارع. وقال الدسوقيّ تحته: "أي فقال بلزوم البيع به، ولو حلف أنّه لم يرض، وقوله "والمضارع" أي فقال إنّه يلزم به البيع مالم يحلف أنّه لم يُرد البيع وأنّه لم يرض به.(الدسوقيّ، باب ينعقد البيع بما يدلّ على الرضا٣: ٢ إلى ٣: ٥ وراجع أيضاً حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب، باب في النكاح ٢: ٥١ والفواكه الدواني، باب في أحكام النكاح ٢: ٤.

www.besturdubooks.wordpress.com

ثمناً، وفى ذلك حقٌ للمبتاع، إلاّ أن يعرفَ الشّهودُ الإكراهَ على البيع، أو الإخافةَ، فيجوز الاسترعاءُ إذا انعقد قبل البيع، وتضمّن العقدُ شهادةَ من يَعرف الإخافة والتوقّعَ الّذي ذكره.[1]

وحاصلُ ذلك أنّ البيع ينعقد، وإن أشهد قبله أنّه لايعقده بجدٍ، حتّى يُثبتَ أنّه فَعل ذلك على سبيل الإكراه، وعلِم الشّهودُ ذلك، وشهدوا به. ولعلّ ذلك يدخل فى الإكراه، دون التّلجئة. ولكنّ العلّة الّتى ذكرها ابنُ فرحون رحمه الله تعالى لصحّة البيع من أنّه تعلّق به حقّ المشترى وقد دفع لذلك ثمناً: يدُلّ على أنّ المتعاقدين إن تواضعا على أنّ البيع صُوريّ، ولايقصدان البيع، فلايتعلّق به حقّ المشترى، ولا توجد العلّةُ الّتى لم يُقبل الاسترعاء بسببها. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وحجّةُ الحنفيّة والحنابلة فى عدمِ صحّة بيع التّلجئة أنّ هذا البيعَ يفوتُه التّراضى، وهو شرطٌ لصحّة البيع بنصّ القرآن الكريم، فلا يصحّ البيع. وهذا إذا ثبت أنّهما عقدا البيع بناءً على مواضعتهما السّابقة. أمّا إذا قالا بعد البيع: قدأعرضْنا وقتَ البيع عن الهزْل إلى الجِدّ، فالبيع صحيحٌ، والهزل باطل. وإن اتّفقا على أنّه لم يحضُرْهما شيءٌ عندالبيع من البناء والإعراض، أواختلفا فى البناء على المواضعة والإعراض عنها، فالعقد صحيحٌ عندأبى حنيفة فى الحالين، خلافاً لصاحبيه، فجعل أبوحنيفة رحمه الله تعالى صحّةَ الإيجاب أولى بالاعتبار لأنّها الأصل، وهما اعتبرا المواضعة، إلاّ أن يوجد ما يُناقضها.

هذا إذا كان الهزلُ فى أصل البيع. وقد يكون فى قدرِ الثّمن دون أصل البيع، مثل أن

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص٥ و٦

www.besturdubooks.wordpress.com

يتّفقا على الجدّ فی العقد بألف، لكنّهما تواضعا على البيع بألفين، ثم عقدا البيع بألفين، واتّفقا على بناء العقد على المواضعة، فالثّمنُ عند أبی حنيفة رحمه الله تعالى ألفان، ولاعبرةَ بالمواضعة السّابقة، لأنّهما جادّان فی العقد، والعملُ بالمُواضعة يجعلُه شرطاً فاسدا، فيُفسِد البيع، فكان العملُ بالأصل عند التّعارض أولى من العمل بالوصف. والأمرُ عند أبی يوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى مثلُ الأمر فی المواضعة فی أصل العقد، يعنى أنّ البيعَ ينعقد بألف، إلاّ إذا اتّفقا على الإعراض عند العقد عن المواضعة السّابقة.

وقد يكون الهزلُ فی جنس الثّمن، مثلَ أن يتواضعا على مائة دينار، وإنّما الثّمنُ مائةُ درهم، أوبالعكس. فالبيعُ فی هذه الحالة جائزٌ بالمسمّى فی العقد على كلّ حالٍ بالاتفاق، ولاعبرةَ بالمواضعة، سواءٌ اتّفقا على بناء العقد عليها، أو على الإعراض عنها، أو على أنّه لم يحضرهما شيئٌ عند العقد.

أمّا أبو حنيفة رحمه الله تعالى، فقد مرّ على أصله من عدم اعتبار المواضعة، وأمّا أبويوسف ومحمّد رحمهماالله تعالى، فقد فرّقا بين المواضعةِ فی الثّمن والمواضعةَ فی الجنس، ووجهُه عندهما أنّ العمل بالمواضَعة مع صحّة البيع ممكنٌ فی الأولى، دون الثّانية، لأنّ البيعَ فی صورة البناء لايصحّ بدون تسمية البدل، وإذا اعتُبرت المواضعة كان البدلُ مائةَ دينار، وهو غيرُ مذكور فی العقد، والمذكورُ فيه مائة درهم، وهي غيرُ البدل، بخلاف المواضعة فی القَدْر، فإنّه يمكن تصحيحُ البيع مع اعتبارها بأن ينعقد بالألف الموجود فی الألفين."[1]

---

(۱) هذا ملخص مافی نسمات الأسحار لابن عابدين، وهو شرح إفاضة الأنوار، شرح المنارص ۲٦٤ النوع الثانی فی العوارض المكتسبة. و نقل ابن عابدين منه جملة فی ردالمحتار ۱۵: ۵۷۳

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٣- العقود الصّوريّة

وماذكرنا من حكم التّلجئة يُقاربُه ما يُسمّى فى القوانين الوضعيّة "عقوداً صُوريّة" (ostensible contracts) وتسمّى في بلادنا Benami Contracts وهيَ أن تُشترى أرضٌ باسم غيرِ المشترى الحقيقيّ، وتُسجَّلُ الأرض باسمه فى الجهات الرّسميّة، وذلك لأغراضٍ ضريبيّة، أو لأغراضٍ أخرى، ولكنّ المشتريَ الحقيقيّ هوالّذى دفع ثمنه. وعدّةٌ من القوانين الوضعيّة تعترف بكونها صُوريّة، وبأنّ العبرةَ فيما بين المتعاقدين بالعقد الحقيقيّ المستتر. قال الدّكتور عبدالرزاق السنهوري:

"أمّا بالنّسبة للمتعاقدين والورثة، فالعقد الصُّوريّ لاوجودَ له، والعقدُ الحقيقيّ هو الّذى يَسْرِى فى حقّهم بقدرما تتوافر فيه شروطُ الصّحّة. ونحنُ فى هذا إنما نطبّق مبدأسلطان الإرادة، فالمتعاقدان قدأرادا العقدَ المستتِر، لاالعقدَ الظّاهر، فيلتزمان بما أراداه، لابما لم يُريداه. وهذا يتّفق مع ما تقضى به المادّة ١٣٢١ من القانون المدنيّ الفرنسيّ من أنّ العقود المستتِرة لاتُنتجُ أثرَها إلاّ فيما بين المتعاقدين، وقد استقرّ الفقهُ والقضاءُ فى فرنسا على ذلك، كما أنّ الفقهَ والقضاءَ فى مصر قد سلّما بالمبدأ أيضاً دون نصّ، لاتّفاقه مع القواعد العامّة."[١]

وكذلك القانونُ الوضعيّ فى بلادنا يعترف بأنّ المشتريَ الحقيقيّ هو الّذى يدفع الثمن. أمّا الّذى سُجّل العقد باسمه صُورةً، فإنّه يُعتبر أميناً للمالك الحقيقيّ، ووكيلاً له، لاتّخاذ الإجراءات القانونيّة. ولذلك ذُكرت هذه الصّورة فى قانون العُهدة الماليّة

(١) نظريّة العقد للسنهوري ص ٨٣٥ و٨٣٦ فقره ٧٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

(Trusts Act) مادة ٨٢. وقد أتيح للمشترى الحقيقيّ فى القوانين الأخرى أن يُثبت أنَّ الّذى وقع العقدُ باسمه مالكٌ صوريّ، وأنّه هو المالك الحقيقيّ.[١] واعترف القانون الإنكليزيّ بتصوّر المالك الصّوريّ (ostensible owner) وهوالّذى سجّل العقار باسمه، ولكنّه ليس مالكاً حقيقيّاً(real owner) كما جاء فى المادة ٤١ من قانون "انتقال الأملاك" السّائد فى شبه القارة الهنديّة باسم (Transfer of Property Act 1882) و هو مبنيّ على القانون الإنكليزيّ.

وعلى هذا الأساس أفتى علماءُ شِبه القارة الهنديّة بأنّ مجرّدَ تسجيلِ الأرض باسم أحدٍ لايستلزم أن يكون هو مالكاً لها، فلواشتراها أحدٌ باسم رجلٍ آخرَ لم يدفع الثّمن، وإنما دُفع الثّمن من قِبَلِ الأوّل، فمجرّدُ هذا التّسجيل لايَعنى أنّه وهب له الأرض.[٢]

٩٤ـ عقود الإذعان

وقد اشتهر فى عصرنا اصطلاح "عقود الإذعان" والمراد منه العقود الّتى ينفرد فيها أحد طرفيها بوضع شروط معيّنة دون أن يكون للطّرف الآخر مجال للمساومة أو النّقاش أو التّعديل فيها، بل تلزمه تلك الشّروط إن رغب فى التّعامل مع الطّرف الأوّل، فليس له خيار إلاّ أن يقبلها، أو يترك التّعامل معه. وسُمّيت هذه العقود بعقود الإذعان لأنّ أحد طرفي العقد يُذعِن ويخضَع لشروط الطّرف الآخر. وذلك مثلُ التّعامل مع شركات الكهرباء، والغاز، والبنزين، ووسائل النّقل، من القطارات، والحافلات، والبريد، وما إلى

---

(١) See 57th Report of the Law Commission of India on Benami Transactions 1973, paras 2.4, 2.5, 2.11

(٢) راجع إمدادالفتاوى للشيخ أشرف عليّ التّهانويّ رحمه الله تعالى ٣: ٤١٤ و ٤١٥ سؤال ٤١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ذلك، فإنّ السّعر وشروط التّعاقد فى كلّ واحد منها مقدّرة من قبل مقدّمى هذه الخدمات، ولا مجال للمتعامل معهم إلاّ أن يقبل تلك الشّروط أو يترك التّعامل.

وبما أنّه لا مجال فيها للمساومة والمماكسة، فإنّه قد يُظنّ أنّ هذه العقود مخالفة لمبدأ التّراضى، ومشابهة لبيع المكرَه، فلا ينبغى أن تجوز. والحقُّ أنّها غير داخلة فى بيع المكرَه، لأنّ المكرَه ليس له خيار إلاّ أن يدخل فى العقد على شروط المكرِه، ولا يستطيع أن يرفض الدّخول فى العقد. وأمّا عقود الإذعان، فإنّها لا تجبُر أحداً فى الدّخول فى العقد، فكلّ واحد له الخيار فى أن يدخل فيها أو يتركها، ولكن إذا رغب فى الدّخول، وجب أن يدخل فيها بشروط معيّنة من الطّرف الآخر. وإنّ هذا النّوع من الإذعان يتحقّق أمام كلّ بائع وضع لمبيعاته ثمناً لا يتنازل عنه، ويقول للمشترين: "إمّا أن تشتروها بهذا الثّمن أو اتركوها" فمن دخل فى البيع بعد ذلك، لايُقال إنّ البيع وقع بدون التّراضى.

ولكنّ ذلك مستساغ فى البيوع التى تنعقد فى السّوق بمنافسة حرّة، وبشروط عادلة. أمّا فى البيوع والعقود الّتى تتعلّق بحاجيّات النّاس العامّة، مثل الكهرباء والغاز ووسائل النّقل، فإنّ ترك التّعاقد مع مقدّمى هذه الخدمات وإن كان ممكناً نظريّاً، فإنّه لايُمكن لعامّة النّاس، لكونهم لاغنىً لهم عن تلك الحاجيّات، وإنّ الجهات الّتى تُقدّمها لها السّيطرة الكاملة عليها، ولا يوجد من يُنافسها فيها. وفى مثل هذه الحالة، فإنّ الشّروط المفروضة إن كانت عادلةً ليس فيها تعسّف، فليس هناك ما يمنع جواز هذه العقود. وإن كانت الشّروط متعسّفة، فإنّ لوليّ الأمر أن يتدخّل فيها لمصلحة النّاس، ويتأتّى فيها ما ذكرناه فى حُكم بيع المضطرّ والمكرَه بغبْن فاحش، وكما سيأتى فى أحكام التّسعير. وبذلك صدَر قرارٌ لمجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ. وهذا نصُّه:

www.besturdubooks.wordpress.com

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١- ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع (عقود الإذعان) وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله

قرر ما يلي:

١ـ عقود الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكمها الخصائص والشروط الآتية:

أ ـ تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام ... إلخ .

ب ـ احتكار - أي سيطرة - الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

ج ـ انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

د ـ صدور الإيجاب (العرض) موجها إلى الجمهور، موحدا في تفاصيله وشروطه وعلى نحو مستمر.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢ـ يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحُكْميّين (التقديريّين) وهما كل ما يدل عرفا على تراضي طرفيه وتوافُق إرادتَيهما على إنشائه، وفقاً للشّروط والتّفاصيل الّتي يعرضها الموجِب، من غير اشتراط لفظٍ أو كتابة أو شكلٍ محدّد.

٣ـ نظرا لاحتمال تحكم الطرف المسيطر في الأسعار والشروط التي يُمليها في عقود الإذعان، وتعسُّفه الذي يُفضِي إلى الإضرار بعمومِ النّاس، فإنّه يجب شرعاً خضوعُ جميع عقود الإذعان لرقابة الدّولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتّعامُل بها مع الناس) من أجل إقرار ما هو عادلٌ منها، وتعديلِ أو إلغاءِ ما فيه ظلمٌ بالطرف المذعن، وفقاً لما تقضي به العدالةُ شرعاً.

٤ـ تنقسم عقود الإذعان في النَظر الفقهيّ إلى قسمين:

أحدُهما: ما كان الثّمنُ فيه عادلاً، ولم تتضمّنْ شروطُه ظلماً بالطرف المذعن، فهو صحيح شرعاً، مُلزِمٌ لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حقُّ التدخُّل في شأنه بأيّ إلغاءٍ أو تعديلٍ، لانتفاء الموجِب الشرعيّ لذلك، إذِ الطرفُ المسيطر للسلعةِ أو المنفعةِ باذلٌ لها، غيرُ ممتنع عن بيعها لطالبها بالثّمن الواجب عليه شرعاً، وهو عوضُ المثل (أو مع غَبْنٍ يسيرٍ، باعتباره مَعْفُوّاً عنه شرعاً، لعُسر التحرُّز عنه في عقود المعاوضات الماليّة، وتعارُف النّاس على التّسامُح فيه) ولأنّ مبايعة المضطر ببدل عادل صحيحةٌ باتّفاق أهل العلم.

والثّاني: ما انطوى على ظُلمٍ بالطرف المذعن، لأنّ الثّمن فيه غيرُ عادل (أي فيه

www.besturdubooks.wordpress.com

غبن فاحش) أو تضمّن شروطاً تعسُّفيّةً ضارّةً به، فهذا يجب تدخُّل الدّولة فى شأنه ابتداءً (قبل طرحه للتّعامُل به) وذلك بالتّسعير الجبريّ العادل، الّذى يَدفع الظُّلمَ والضّررَ عن النّاس المضطرّين إلى تلك السّلعة أو المنفعة بتخفيض السّعر المتغالَى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاءِ أو تعديلِ الشّروط الجائرة، بما يُحقّق العدلَ بين طرفيه، استناداً إلى:

أ ـ أنّه يجب على الدّولة (وليّ الأمر) شرعاً دفعُ ضَرَر احتكارِ فردٍ أو شركة سلعةً أو منفعة ضروريّة لعامّة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثّمن العادل (عوض المثل) بالتّسعير الجبريّ العادل، الذى يكفل رعايةَ الحقّين: حقَ النّاس بدفع الضّرر عنهم الناشئ عن تعدّى المحتكِر فى الأسعار أو الشّروط، وحقّ المحتكر بإعطائه البدلَ العادل.

ب ـ أن في هذا التّسعير تقديماً للمصلحة العامّة ـ وهي مصلحة المضطرّين إلى السِّلَع أو المنافع فى أن يشتروها بالثّمن العادل ـ على المصلحة الخاصّة وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربحٍ فاحش أو شروطٍ جائرة، إذ من الثّابت المقرّر فى القواعد الفقهيّة أنَ "المصلحة العامة مقدَّمة على المصلحة الخاصّة" وأنه "يُتحمَّل الضررُ الخاصُّ لمنع الضرر العامّ".

٥. يفرق فى الوكالات الحصريّة للاستيراد بين ثلاث حالاتٍ:

الأولى: أن لا يكون هناك ضرورةٌ أو حاجةٌ عامّة أو خاصّة بفئة من النّاس إلى المنتَج الّذى تتعلّق به الوكالة الحصريّة، نظراً لكونه من السِّلَعٍ أو المنافع

www.besturdubooks.wordpress.com

التّرفيهيّة الّتى يُمكِن الاستغناء عنها، أو كان هناك ضرورة أو حاجة غير متعيّنة إليه ، لوجود مثيلٍ أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل ، فإن من حق الوكيل المستورد أن يبيعه بالثمن الذى يتراضى مع المشترى عليه، وليس للدّولة أو للقضاء حقُّ التّدخُّل بالتسعير عليه فيه، إذ الأصل فى صحّة العقود التراضِي، ومُوجِبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما به، ولأنّ اختصاص صاحب الوكالة بالمنتَج واحتكاره له (بالمعنى اللغويّ للاحتكار) جائزٌ شرعاً، حيث إن من حقه بيع ما يملك بالثمن الذى يرضى به، ولا يتضمّن ظُلماً أو إضراراً بعامّة الناس، ولا يجوز التسعير عليه فيه.

والثانية: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامّة أو خاصّة متعيِّنة بمتعلّق الوكالة الحصرية، وأن يكون الوكيل باذلاً له بثمنٍ عادل ، لا يتضمن غَبْنًا فاحشا أو تحكُّما ظالما ، وعندئذ فلا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه، لأنّ اختصاصه واحتكاره المنتَجَ تصرُّفٌ مشروع فى مِلْكه، لا ظلم فيه لأحد، ولا إضرار بالناس المحتاجين إليه ، فلا يتعرّض له فيه .

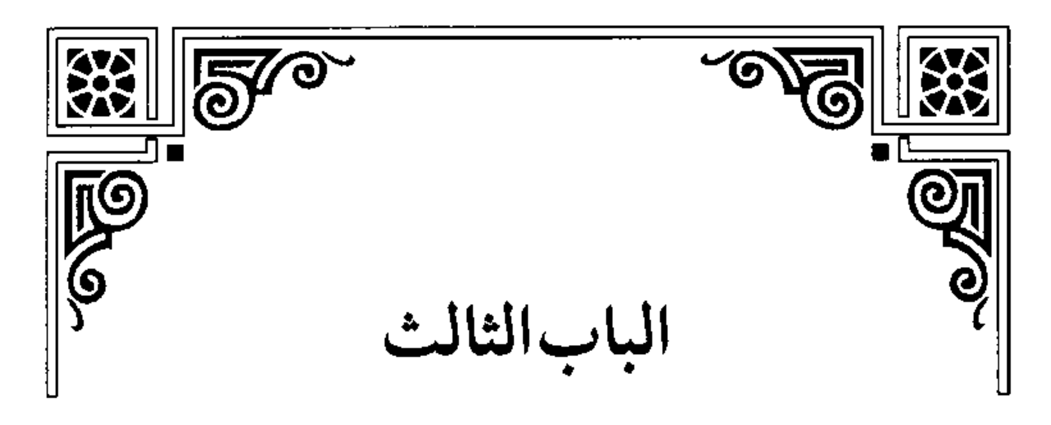
والثالثة : أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلّق الوكالة الحصرية، والوكيل مُمتنِعٌ عن بيعه إلا بغبن فاحش أو بشروط جائرة. ففى هذه الحال يجب على الدولة أن تتدخّل لرفع الظلم عن المحتاجين إليه بطريق التّسعير الجبريّ على الوكيل.

والله تعالى أعلم ."[1]

---

(١) قرار رقم ١٣٢ (١٤/٦) بشأن عقود الإذعان، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلاميّ ص ٤١٥ إلى ٤١٨

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الثالث

المستثنيات من اشتراط التراضي

٩٥- المستثنيات من اشتراط التّراضي

والأصلُ في جميع المذاهب الفقهيّة أنّ رضا المتعاقدين شرطٌ لصحّة البيع ونفاذه، ولكن هناك بعضُ المستثنيات من هذا الأصل العامّ، ويُمكن تلخيصها في أنواعٍ آتية:

١- الشّراء الجبريّ من قبل الحكومة.

٢- شراء أمير عسكر ما يحتاج إليه المسلمون في أثناء الحرب.

٣- جبرُ الحكومة المحتكرين ببيع ما احتكروه.

٤- جبرُ الحكومة بالبيع بالسّعر المحدّد من قبلها.

٥- البيعُ إلى مَن له حقّ الشّفعة.

ولنذكر أحكام هذه المستثنيات في الفصول الآتية، وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد والصّواب.

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٦- الشّراء الجبريّ من قبل الحكومة

أمّا الشّراء الجبريّ من قبل الحكومة لضرورة أو حاجة عامّة، فيُستدلّ على جوازه بما أخرجه التّرمذيّ عن عقبة بن عامر رضيَ الله تعالى عنه قال:

"قلت: يا رسول الله، إنّا نمرّ بقوم، فلا هُم يُضيّفونا، ولا هم يُؤدُّون ما لنا عليهم من الحقّ، ولا نحن نأخذُ منهم، فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: "إن أبوا إلّا أن تأخذوا كُرْهاً فَخُذُوا."

وقال الإمام التّرمذيّ رحمه الله تعالى في شرح هذا الحديث:

"وإنّما معنى هذا الحديث: أنّهم كانوا يَخرُجون في الغَزْو، فيَمُرُّون بقومٍ، ولا يجدون من الطّعام ما يشترُون بالثّمن، فقال النّبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلّم: "إن أبوا أن يبيعوا إلّا أن تأخذوا كُرْهاً فَخُذُوا". هكذا رُوِيَ في بعض الحديث مفسّراً، وقد رُوِي عن عمر بن الخطّاب أنّه كان يَأمُر بنحو هذا."[١]

وقال العلاّمة رشيد أحمد الجنجوهيّ رحمه الله تعالى في شرح هذا الحديث:

"الإجازةُ لهم أن يأخذوا بالقيمة كُرْهاً. وتوجيهُ الحديث أنّ الكفّارَ كانوا إذا نزل المسلمون، أغلقوا دكاكينَهم، وتركوا المبايعةَ إضراراً بالمسلمين، فلمّا رأى المسلمون ذلك شكَوا إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّ هؤلاء لا يضيّفوننا، ولا شكايةَ في ذلك، لأنّ الضّيافةَ تبرّعٌ وإكرامٌ، وليس حقّاً ثابتاً، إنّما الشّكوى أنّهم لا يؤدّون إلينا بحقٍّ هو الشّراء والإيتاء بالقيمة. فكأنّهم

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب السير، باب ما يحلّ من أموال أهل الذّمّة، حديث ١٥٨٩، وقال: هذا حديث حسن

www.besturdubooks.wordpress.com

ذكروا في كلامهم الطُّرُقَ الثَّلاثَ المحتمَلةَ للأخذ، وهو الأخذُ بالقيمة، أو الأخذُ بغير قيمة جبراً منّا، أو إكراماً منهم، أمّا الأوّل، فلأنّهم لا يُبايعوننا، وأمّا الثّاني فلأنّك يا رسول الله منعتَنا أن نأخذَ مالَ الغير بغير حقّ، وهو المعنى بقولهم: "ولا نحن نأخذ منهم". وأما الثّالث، فلأنّهم لا يضيّفوننا."[١]

فأجاز رسول الله صلّى الله عليه وسلّم الشّراء جبرا.

واستنبط القاضي أبو بكر ابن العربيَ من هذا الحديث قائلاً:

"وكذلك إذا نزلتْ بالنّاس مخْمصة، وعند بعضهم طعامٌ، لزمهم البيعُ منهم، فإن أبوا أُجبروا عليه."[٢]

ولم نجدْ قولاً أو فعلاً عن النّبيَ الكريم صلّى الله عليه وسلّم في شأن الإجبار على البيع سوى ما في هذا الحديث، ولكن يثبتُ به أنّه صلّى الله عليه وسلّم قد رخّص في الشّراء بالجبر في أوضاع ضرورةٍ أو حاجةٍ شديدةٍ عامّةٍ تعُمّ المسلمين.

أمّا الصّحابة رضي الله تعالى عنهم، فقد ثبتت منهم قصّتان متعارضتان في ظاهرهما. الأولى: في توسيع المسجد النّبويّ على صاحبه السّلام في عهد سيّدنا عمر بن الخطّاب، والأخرى في توسيع المسجد الحرام في عهدي سيّدينا عمر بن الخطّاب وعثمان بن عفّان رضي الله تعالى عنهما.

أمّا الأولى، فهيَ قصّةُ اختلاف عمر، والعباس بن عبد الطلب، رضي الله تعالى عنهما قد رواها البيهقيُّ رحمه الله تعالى مفصّلاً، وهذا نصّها:

---

(١) الكوكب الدّرّيّ، ١: ٤١٩، ط: سهارنبور، الهند

(٢) عارضة الأحوذي، ٧: ٨٧ ط: مصر

www.besturdubooks.wordpress.com

"لمّا أراد عمرُ بنُ الخطّاب رضي الله عنه أن يزيدَ في مسجد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، وقعت زيادتُه على دار العبّاس بن عبد المطّلب رضي الله تعالى عنه، فأراد عمرُ رضي الله عنه أن يُدخِلها في مسجد رسول الله صلّى الله عليه وسلم، ويعوّضه منها، فأَبَى، وقال: قطيعةُ رسولِ الله صلّى الله عليه وسلّم، واختلفا، فجَعَلَا بينهما أُبيَّ بنَ كعبٍ رضى الله عنهم، فأتياه في منزله، وكان يُسَمَّى سيّدَ المسلمين، فأمر لهما بوسادة، فأُلقِيتْ لهما، فجلسا عليها بين يديه، فذكر عمرُ ما أراد، وذكر العبّاس قطيعةَ رسول الله صلّى الله عليه وسلم، فقال أبيٌّ: إنّ الله عزّ وجلّ أمر عبدَه ونبيَّه داودَ عليه السّلام أن يَبنِيَ له بيتاً، قال: أي ربّ! وأين هذا البيت؟ قال: "حيث تَرَى الملَكَ شاهراً سيفَه"، فرآه على الصّخرة، وإذا ما هناك يومئذٍ أندرٌ لغلامٍ من بنى إسرائيل، فأتاه داودُ فقال: إنّى قد أُمرتُ أن أبنِيَ هذا المكانَ بيتاً لله عزّ وجلّ، فقال له الفتى: آللهُ أَمَرَك أن تأخُذَها مِنّى بغير رضايَ، قال: لا، فأَوحَى اللهُ إلى داود عليه السّلام: "إنّى قد جعلتُ في يدك خَزائِنَ الأرض فأرْضِهِ"، فأتاه داودُ، فقال: "إنّى قد أُمرتُ بِرضاكَ، فلك بها قنطارٌ من ذَهَبٍ، قال: قَدْ قَبِلْتُ، يا داود، وهي خيرٌ أم القنطارُ؟ قال: بل هِيَ خيرٌ، قال: فَأَرْضِنِى، قال: فلك بها ثلاثُ قناطيرَ، قال: فلم يزل يُشدّد على داود حتّى رَضِيَ منه بتسعِ قناطيرَ، قال العبّاسُ: اللّهم لا آخذُ لها ثواباً، وقد تصدّقتُ بها على جماعةِ المسلمين. فقبِلَها عمرُ رضى الله عنه منه، فأدخلها في مسجد رسول الله صلّى الله عليه وسلم."

www.besturdubooks.wordpress.com

وفى رواية أخرى: "فقال العبّاس: أليس قد قضيتَ لى بها وصارت لى؟ قال: بلى، قال: فإنّى أُشهدك أنّى قد جعلتُها لله."[(١)]

ووقع فى رواية ابن سعد أنّه شهد أبوذرّ وصحابيّان آخران رضيَ الله تعالى عنهم جميعاً أنّهم سمعوا قصّة داود عليه السّلام من النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم.[(٢)]

أمّا القصّة الثّانية، فقد رواها الإمام أبو الوليد الأزرقيّ رحمه الله تعالى بشأن توسيع المسجد الحرام فى زمن الخلفاء الرّاشدين بهذا اللّفظ:

"حدّثنا أبو الوليد قال: أخبرنى جدّى قال: أخبرنا مسلمُ بنُ خالدٍ، عن ابن جُريج قال: كان المسجدُ الحرامُ ليس عليه جُدرات محاطةٌ، إنّما كانت الدُّورُ مُحدِقةً به من كلّ جانبٍ، غير أنّ بين الدُّور أبوابًا يدخلُ منها النّاسُ من كلّ نواحيه، فضاق على النّاس، فاشترى عمرُ بنُ الخطّاب - رضي الله عنه، دُورًا فهدمَها، وهدم على مَن قرُب من المسجد، وأبى بعضُهم أن يأخذ الثّمن، وتمنّع من البيع، فوُضعت أثمانُها في خزانة الكعبة، حتّى أخذُوها بعدُ، ثمّ أحاط عليه جدارًا قصيرًا، وقال لهم عمرُ: إنّما نزلتم على الكعبة فهو فناؤُها، ولم تَنزل الكعبةُ عليكم. ثمّ كثُر النّاسُ في زمن عثمان بن عفّان - رضي الله عنه، فوسّع المسجد واشترى من قومٍ، وأبَى آخرون أن يبيعوا، فهدَم عليهم فصيّحوا به، فدعاهم فقال: إنّما جرّأكم عليّ حِلمى عنكم، فقد فعل بكم عمرُ هذا، فلم يصِحْ به أحدٌ، فاحتذَيتُ على مثاله، فصيّحتم بى، ثم أمر بهم إلى الحبس، حتّى

(١) السنن الكبرى للبيهقي قبيل كتاب الهبات ٦: ١٦٨

(٢) الطبقات الكبرى، الطبقة الثانية، ترجمة العباس بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه ٤: ١٩ و ٢٠

www.besturdubooks.wordpress.com

كلّمه فيهم عبدُالله بن خالد بن أسيد فتركهم."[١]

وقد ذكر العلّامة تقيّ الدين الفاسيّ رحمه الله تعالى بعد نقله لهذه القصّة عن الأزرقيّ أنّه وقع التّوسيع فى زمن عمر سنة ١٧هـ، و وقع فى زمن عثمان رضي الله تعالى عنهما فى سنة ٢٦هـ[٢]

والسؤال الّذى ينشأ هٰنا أنّ سيّدنا عمر رضي الله تعالى عنه كان قد اقتنع فى قصّة توسيع المسجد النّبويّ على قضاء أبيّ ابن كعب، بأنّه لايجوز له جبرُ العبّاس (رضى الله تعالى عنهم جميعا) على بيع بيته، فكيف أخذ دُورَ النّاس جبراً عند توسيعه للمسجد الحرام؟

ويُمكن أن يُجاب عن هذا السُّؤال بأنّ أراضيَ مكّة لها وضعٌ خاصٌ يختلف عن الأراضى الأخرى، لأنّ الله تعالى قال فى المسجد الحرام: "سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ" [الحج: ٢٥]

وبناءً على ذلك قد ذهب جماعةٌ من الفقهاء غيرُ قليلةٍ إلى أنّ أراضيَ مكّة لا يُمكن أن تكون مملوكةً لأحد. فلا يجوز بيعُها وشراؤها. وقد أمر عمر رضي الله عنه أهل مكّة امتثالاً لهذه الآية أن لا يُغْلقوا على الحُجّاج أبوابَ دُورهم، وأذِن للحجّاج أن ينزلوا فى أيّ دارٍ أو موضعٍ وَجَدوه غيرَ مسكون.[٣]

ومن أجل ذلك ردّ سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على المعارضين عند توسيع

---

(١) أخبار مكة للأزرقي - مكتبة الثقافة الدينية ٢: ٦٤ و ٦٥

(٢) شفاء الغرام بأخبار البلد الحرام للفاسي ١: ٢٢٤

(٣) كتاب الأموال لأبى عبيد ص ٧٢

www.besturdubooks.wordpress.com

المسجد الحرام بقوله: " إنّما نزلتم على الكعبة فهو فناؤُها، ولم تَنزِل الكعبةُ عليكم." كما مرّ، فكأنّه كان يرى أنّ هذه الأراضيَ موقوفةٌ على حاجات الكعبة المشرّفة، وأنّ الّذين بنَوا فيها أبنيةً، فإنّهم بنَوها على أرض موقوفة، ويجوز إزالتُها لمصلحة الوقف متى شاء متولّى هذا الوقف، فالقيمةُ الّتى دُفعت إلى أصحاب هذه الأبنية كانت قيمةَ الأبنية فقط، وليست قيمةَ الأراضى نفسها. وهذا التّوجيه لفعل سيّدنا عمر رضى الله تعالى عنه اختاره شيخنا العلاّمة العثمانيّ رحمه الله تعالى فى إعلاء السّنن.[1]

ويُمكن هناك اتّجاهٌ آخر. وهو أنّ الجبرَ على البيع عند الحاجة العامّة الشّديدة ثبت جوازه بحديث عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه. وإنّ سيّدنا عمر كان يشعُر بمثل هذه الحاجة في مبدأ الأمر عند توسيعه للمسجد النّبويّ، وكان العبّاس لايشعُر أنّ الحاجة بلغت إلى مستوىً يجوز فيها جبرُ مالك الأرض على بيعها، وأيّده أبيّ بن كعب (رضى الله تعالى عنهم جميعاً) فاقتنع بذلك. ومن الممكن أيضاً أنّ العبّاس رضى الله تعالى عنه، وإن كان مقتنعاً بحاجة المسجد النّبويّ، ولكنّه خشِيَ أن يُتّخذ هذا الجبرُ نظيراً من قِبَل الأمراء بعد ذلك لجبر النّاس على بيع أملاكهم. ولذلك تقدّم بعد قضاء أبيّ ابن كعب بإعطاء أرضه للمسجد النبويّ بدون عوض.

أمّا عند توسعة المسجد الحرام، فكانت الحاجة واضحةً جليّةً لاشكّ فيها، لأنّ المسجد الحرام إنّما بُنيَ لمن يعبُد الله تعالى فيها، ولذلك قال الله سبحانه وتعالى لسيّدنا إبراهيم وإسمعيل عليهما السّلام: طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ وَالْعَاكِفِينَ وَالرُّكَّعِ السُّجُودِ (البقرة : ١٢٥) فإن ضاقت هذه الأرضُ على الطّائفين والعاكفين، لايُمكن أن يُبنى لهم مسجدٌ آخر، لأنّه

(١) إعلاء السّنن ١٣: ٢٠٣ و ٢٠٤

www.besturdubooks.wordpress.com

ليس للكعبة المشرّفة بدل.

فالّذى يتخلّص بالنّظر إلى هاتين القصّتين أنّ الجبرَ على البيع لايجوز فى عامّة الأحوال، ولكن يجوز ذلك عند حاجة عامّة شديدة. وعلى هذا مشى فقهاءُ الشّريعة الإسلاميّة. فقال الحصكفيّ رحمه الله تعالى:

"(تؤخذ أرض) ودارٌ وحانوتٌ (بجنب مسجدٍ ضاق على الناس بالقيمة كُرْهاً) درر وعماديّة."[1]

وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"لما رُوِيَ عن الصّحابة - رضي الله عنهم - لمّا ضاق المسجدُ الحرامُ أخذوا أرضين بِكُرْهٍ من أصحابها بالقيمة، وزادوا في المسجد الحرام. بحر عن الزّيلعيّ. قال فى نور العين: ولعلّ الأخذَ كُرهاً ليس فى كلّ مسجدٍ ضاق، بل الظّاهر أن يختصّ بما لم يكن فى البلد مسجدٌ آخرُ، إذ لو كان فيه مسجدٌ آخرُ يُمكِن دفعُ الضّرورة بالذّهاب إليه، نعم فيه حرجٌ، لكنّ الأخذَ كُرهاً أشدُّ حَرَجاً منه، ويؤيّد ما ذكرنا فعلُ الصّحابة، إذ لا مسجدَ فى مكّة سوى الحرام."[2]

ويقول الموّاق (الفقيه المالكيّ المعروف) رحمه الله تعالى:

"ويُكرِه النّاسَ السلطانُ على بيعِها إذا احتاج النّاسُ إليها لجامعهم الّذى فيه الخُطبةُ، وكذلك الطّريق إليها، لا إلى المساجد الّتى لا خُطبةَ فيها، والطُّرُق

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار، ١٤: ٤٩٦

(٢) رد المحتار، كتاب الوقف، مطلب فى جعل شيء من المسجد طريقا، ١٤: ٤٩٦ و٤٩٧، فقره ٢١٤٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الّتى فى القبائلِ لأقوامٍ."[١]

ولكن قال فى كتاب البيوع:

"قال سُحنون: يُجبر ذو أرضٍ تلاصقُ طريقاً هدّها نهرٌ لاممرٌ للنّاس إلاّ فيها على بيع طريقٍ منها لهم بثمنٍ يدفعه الإمام من بيت المال."[٢]

وكذلك ذكر الفقيه الحنفيّ قاضى خان رحمه الله تعالى أنّ الحكم يتعدّى إلى حاجة طريقٍ أيضاً:

"وللسّلطان أن يجعل ملكَ الرّجل طريقاً عند الحاجة."[٣]

وقال القرافيّ رحمه الله تعالى:

"قال العبدي: يُجبر الإنسان على بيع ماله فى سبع مسائل: مجاور المسجد إذا ضاق، يُجبر من جاوره على البيع، والماء للخائف من العطش، فإن تعذّر الثّمن أُجبر بغير ثمن، ومن انهارت بئرُ جاره وعليها زرعٌ، بغير ثمنٍ، وقيل بالثّمن، والمحتكِر يُجبَر على بيع طعامه، وجارُ الطّريق إذا أفسدها السّيلُ، يؤخذ مكانُها بالقيمة من جار السّاقية، وصاحب الفران في قرن الجبل إذا احتاج النّاس إليه ليخلصهم، وصاحبُ الفرس أو الجارية يطلبها السّلطان، فإن لم يدفعها له جبر النّاس، فإنّه يُجبر هو دفعاً لأعظم الضّررين."[٤]

---

(١) التاج والإكليل على هامش الحطاب، كتاب الوقف٦: ٤٢

(٢) التاج والإكليل للمواق ٤: ٢٥٢

(٣) فتاوى قاضيخان، ١: ٢٣٦، كتاب الزكوة، فصل إحياء الموات

(٤) الذخيرة للقرافي، كتاب الوقف ٦: ٣٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

وجاء في مجلّة الأحكام العدليّة المؤلفة في عهد الخلافة العثمانيّة:

"لدى الحاجة يُؤخذ ملكُ كائنٍ مَّن كان بالقيمة بأمر السُّلطان ويُلحَق بالطّريق، ولكن لا يُؤخذ من يده ما لم يُؤدِّ له الثّمنَ."[١]

٩٧- شراء أمير عسكر ما يحتاج إليه المسلمون في أثناء الحرب

قد ذكرنا حديث عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه الّذي أجاز فيه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم لعسكر المسلمين أن يشتروا الطّعامَ لأهل العسكر جبراً عند ما يحتاجون إليه. وعلى هذا الأساس أجاز الفقهاءُ شراءَ ما يحتاجون إليه من غير الطّعام. فقال الإمام محمّد رحمه الله تعالى في السّير الكبير:

"وإنْ أبَى أن يُعطِيَه الفرسَ، ولم يجد الإمامُ بُدّاً من أن يأخذ الفرسَ منه، فيدفعه إلى الرّسول لضرورةٍ جاءت للمسلمين، فلا بأس بأن يأخذَه منه كُرْهاً."

ووجّهه السّرخسيّ رحمه الله تعالى قائلاً:

"لأنّه نُصب ناظِراً، وعند الضّرورة يجوز له أن يأخذ مالَ الغير بشرط الضّمان."[٢]

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٢١٦

(٢) شرح السير الكبير ج٣ ص ٩٩٤، أبواب سهمان الخيل، باب دفع الفرس باشتراط السهم

www.besturdubooks.wordpress.com

٩٨- جبرُ الحكومة المحتكرين على بيع ما احتكروه

وكذلك يجوز الإجبارُ على البيع إذا احتكرَ التّجار ما يحتاج إليه العامّة. فقال الموصليّ الحنفيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا رُفِع إلى القاضِي حالُ المحتكر، يأمره ببيع ما يفضُل عن قُوته وعياله، فإن امتنع، باع عليه، لأنّه في مقدار قُوته وعَيالِه غيرُ محتكِرٍ، ويترُك قُوتَهم على اعتبار السَّعة؛ وقيل: إذا رُفِع إليه أوّلَ مرّةٍ، نهاه عن الاحتكار، فإن رُفِع إليه ثَانياً، حَبَسَه وعزّره بما يَرى، زجراً له ودفعاً للضّرر عن النّاس. قال محمّدٌ: أجبُر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا أسعِّر، ويقالُ له: بِعْ كما يبيعُ النّاس، وبزيادةٍ يُتغابَن في مثلها، ولا أتركُه يبيع بأكثر... وقد قال أصحابُنا: إذا خاف الإمامُ على أهلِ مصرٍ الضّياعَ والهلاكَ، أخذ الطّعامَ من المحتكرين وفرّقه عليهم، فإذا وَجَدُوا رَدُّوا مِثلَه، وليس هذا حَجْراً، وإنّما هو للضّرورة، كما في المخمصة."[١]

وقال المرداويّ رحمه الله تعالى:

"ويُجبر المحتكر على بيعه كما يبيعُ النّاس. فإن أبى، وخيف التّلف، فرّقه الإمام، ويردُّون مثله. قال في الفروع: ويتوجّه قيمتُه. قلتُ: وهو قويّ. وكذا سلاحٌ لحاجة. قاله الشّيخ تقيّ الدّين. قلتُ: وأولى."[٢]

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، كتاب الكراهية، فصل في الاحتكار ٤: ١٦١

(٢) الإنصاف للمرداوي قبيل باب الشّروط في البيع ٤: ٣٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى:

"يجوز للإمام فى الغلاء إلزامُ من عنده ما يفضُل عن قوته أن يُخرجه للبيع، لما فى ذلك من صلاح النّاس."[1]

وقال الشيروانيّ الشّافعيّ رحمه الله تعالى:

"قال الأذرعيّ: أجمع العلماءُ على أنّ مَن عنده طعامٌ واضطرّ النّاسُ إليه ولم يجدوا غيره، أنّه يُجبر على بيعه دفعاً للضّرر عنهم. وممّن نقل الإجماع النّوويّ."[2]

٩٩- جبرُالحكومة بالبيع بالسّعر المحدّد من قبلها

سيجيئ فى مبحث "تدخّل السّلطات فى التّجارة الحرّة" إن شاء الله تعالى أنّ التّسعير وجبرَ التّجّار من قِبَل الحكومة لايجوز فى عامّة الأحوال، ولكن يُرخَّص فيه فى أحوال مخصوصة. وحينئذٍ يُجبر النّاسُ على البيع بسعرٍ لايرضَونه، ولكنّ البيع يجوز رغمَ كونه خلافَ مبدأ التّراضى. وسيجيئ تفصيله فى موضعه إن شاء الله تعالى.

ولكنّ البيعَ بخلاف رضا المالك إنّما يجوز عند الضّرورة، أو عند الحاجة العامّة الّتى تنزل منزلةَ الضّرورة. والضّرورةُ عرّفها الفقهاء بما يلى:

---

(١) فتح البارى، كتاب الجهاد، قبيل باب حمل الزّاد على الرّقاب ٦: ١٣٠ تحت الحديث بالرقم ٢٩٨٢

(٢) حواشى الشيرواني على تحفة المحتاج، باب فى البيوع المنهيّ عنها، ٤: ٣١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوعَ، هَلَكَ أو قارب، كالمضطرّ للأكل واللّبس بحيث لو بَقِي جائعاً أو عُرياناً لمات أو تلف منه عُضوٌ، وهذا يُبيح تَناوُلَ المحرّم."[1]

أمّا الحاجة، فيمكن تعريفُها بما ذكره فضيلة العلاّمة الدّكتور وهبه الزّحيليّ حفظه الله تعالى:

"أن يكون الإنسانُ فى حالة من الجَهْد والمشقّة الّتى لاتؤدّى إلى الهلاك إذا لم يتناول المحرّم شرعاً."[2]

وحكمُه ماذكره الحمويّ رحمه الله تعالى:

"هذا لا يُبيح الحرام، ويُبيح الفطرَ فى الصّوم"[3]

ولكنّ هذا حكمُ الحاجة الفرديّة. أمّا إذا كانت حاجةً اجتماعيّة، فإنّها تقومُ مقام الضّرورة. ولذلك اشتهر قول الفقهاء:

"الحاجة العامّة تنزل منزلة الضّرورة الخاصّة فى حقّ آحاد النّاس."[4]

ويتبيّن ممّا ذكرنا فى هذا الباب من نصوص القرآن الكريم والسّنّة النّبوية على صاحبها السّلام وآثار الصّحابة وأقوال الفقهاء أنّ الشّريعة الإسلاميّة تمسّكت بمبدأ التّراضى فى

---

(١) المنثور فى القواعد للزركشي، ٢: ٣١٩، وشرح الأشباه والنظائر للحموي ١: ٢٥٢

(٢) نظريّة الضرورة الشّرعية لفضيلة الدكتور وهبة الزحيليّ حفظه الله تعالى ص٢٤٧، ط: بيروت ١٤٠٢هـ

(٣) شرح الأشباه والنظائر للحمويّ ١: ٢٥٢

(٤) المنثور فى القواعد للزركشي ٢: ٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

العقود تمسّكاً بالغاً، وإنّما أجازت البيع الجبريَ في مجالٍ ضيّق من الضّرورة والحاجة العامّة الّتي لا يتيسّر دفعها إلاّ بالبيع الجبريَ. وذلك أيضاً مع التّأكّد من أنّ الّذي يُجبر على البيع يُبذَل له ثمنُه على أساس القيمة السّوقيّة العادلة قبل أخذِ مِلكه، أو عند الأخذ، كما مرّ في عبارة مجلّة الأحكام العدليّة: " ولكن لا يُؤخذ ملكُه من يده ما لم يُؤدَّ له الثّمنَ."[١] فيجب أن تتّخذ الحكومات الحذرَ كلّ الحذر من تجاوز مواضع الحاجات الحقيقيّة عند ممارسة حقّها في هذه المستثنيات. ولنعم ما قال الدكتور فتحي الدُّرينيّ:

"يجب أن يُلاحَظ أنَ تطبيق أحكام الاحتكار على التّجارة والنّاس في الظّروف الاستثنائيّة يَحتاج إلى حَذَرٍ واحتياطٍ شديدين؛ إذ ليس العبرةُ بمعرفة القواعد الأصوليّة والفقهيّة في موضوعٍ فحسبُ، بل بتطبيقها بدِقّةٍ وخِبرةٍ.. فمَن الّذي يُقدّر أنّ الحالةَ قد وصلت بالنّاس إلى درجة المشقّة والحَرَج الّذي يقتضي تطبيقَ أحكام الاحتكار؟ .. كلُّ ذلك موكّلٌ إلى الخُبراء المختصّين المؤمنين، وإلاّ كان الظّلم ومصادرة حرّيّات النّاس في أملاكهم ومقدّراتهم دون مبرّر شرعيّ، وهو محرّم."[٢]

١٠٠ – الفرق بين أحكام الشّريعة وأحكام القوانين الوضعيّة للشّراء الجبريّ

وإنّ معظمَ القوانين الوضعيّة تُجيز للحكومة الشّراءَ الجبريَ والاستئجار الجبريّ، ولكنّها تفْسَح للحكومة مجالاً أوسعَ ممّا هو مُجازٌ في الشّريعة الإسلاميّة. والفروقُ

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٢١٦

(٢) مذكرات الدكتور فتحي الدّريني في الاحتكار، ص١٣٥ كما نقله الدكتور عبد السلام العبادي في حاشية "الملكية في الشريعة الإسلاميّة"، القسم الثاني ٢: ١٤٨ و١٤٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الجوهريّة فيما بين الشّريعة الإسلاميّة والقوانين الوضعيّة يُمكن تلخيصُها فيما يلى:

١- إنّ الشّريعة الإسلاميّة إنّما تُجوّز الشّراء الجبريّ للضرورة، أو الحاجة العامّة، بعد استنفاد جميع الوسائل الّتى يُمكنُ بها قضاءُ تلك الحاجة. ولكنّ معظم القوانين الوضعيّة أجازت الشّراء الجبريّ فى أيّة حاجة ، دون تقييدها بالحاجة العامّة، ولا استنفادِ الوسائل الأخرى، حتّى ورد فى بعض القوانين أنّ العقاراتِ يُمكن شراؤُها جبراً إذا احتاجت إليها أيُّ شركة تجاريّة مساهمة.[١] ولعلّ المقصودَ من ذلك أنّ الشّركةَ المساهمة ربّما تُكوَّن لأجل مشروعٍ كبير تحتاج إليه الدّولة، مثل صناعة الحديد وغيره، ولا يتيسّر له أرضٌ مناسبةٌ إلاّ بالشّراء الجبريّ. وإنّ مثلَ هذه الأحوال يمكن أن تبرّر الشّراءَ الجبريّ، ولكنّ القانون لايُقيّد جوازَ الأخذ بأيّ قيد أو شرط، بل يُبيح الشّراء الجبريّ لحاجة أيّ شركةٍ تجاريّة. ولذلك قد استُغِلّ هذا القانون بالسّيطرة على أراضى عامّة النّاس لصالح الأثرياء. وهناك قانون آخر[٢] للاستئجار الجبريّ لبعض الأبنية والبيوت، واستُغِلّ كثيراً لمجرّد توفير السّكن لموظّفى الحكومة ووزراءها.

٢- إنّ الشّريعة الإسلاميّة إنّما تُبيح الشّراءَ الجبريّ فى حاجةٍ عامّةٍ بشرط أن يُوفَّر للمالكِ القيمةُ السّوقيّة يومَ الأخذ. أمّا القانون الوضعيّ السّائد فى بلادنا، فإنّه يَعتبر القيمة السّوقيّة فى اليوم الّذى وقع فيه الإعلان من قبل الحكومة أنّ العقار الفلانيّ

---

(١) راجع The Land Acquisition Act 1894 Sec.4 وهوالقانون المأخوذ من القانون الإنكليزيّ والمطبّق فى شبه القارة الهنديّة.

(٢) The Requisitioned Land (Continuance of Powers) Ordinance, 1969

www.besturdubooks.wordpress.com

يُراد شراؤُها[١]، مع أنَ بين هذا الإعلان وبين الأخذ الفعليَ إجراءاتٌ كثيرةٌ ربّما تزداد فيها قيمةُ العقار أو البناء. وكذلك إذا استأجرت الحكومةُ بيتاً، وصار فى تصرفها مدّة، ثمَ أرادت أن تشتريَه من المالك، فإنّ بعضَ القوانين تنُصّ على أنّه إن كانت القيمةُ السّوقيّةُ يومَ الشّراء الجبريَ أكثرَ من ضِعف قيمته يومَ الاستئجار، فإنّ المالك لايستحقّ القيمةَ السّوقيّة، بل إنّما يُعوّض بضِعف قيمة البيت يوم الاستئجارالجبريَ الّذى يُمكنُ أن يكون أقلّ بكثير من قيمته السّوقيّة يومَ الشّراء.[٢]

٣- لايجوز شرعاً أن تتصرّف الحكومةُ فيما اشترته جبراً إلاّ بأن يدفع الثّمن إلى المالك فوراً، أو فيما هو فى حُكم الفور. وإنّ بعضَ القوانين الوضعيّة تضع لأداء الثّمن إجرآاتٍ طويلةً تأخذ مدّةً ومشقّةً يتكبّدها المالك الأصليَ.

١٠١- البيع إلى من له حقّ الشّفعة

وكذلك ما استُثني من مبدأ التّراضى أحكام الشُفعة، فإنّ الأصلَ فى البيع أنّه متى انعقد بتراضى الطّرفين مستوفياً للشّروط الأخرى، فليس لأحدٍ غيرهما أن يتدخّل فى أمرهما، ويدّعيَ أنّه أحقُ بأن يشتري. ولكنّ الشّريعة الإسلاميّة استثنت من هذا المبدأ أحكامَ الشُّفعة، وأعطت حقَ الشّراء لشريك البائع بالإجماع، ولجاره على مذهب الحنفيّة. فإن باع أحدٌ عقاره لرجل خارج، فلشريك البائع أن يدّعيَ أنّه أحقُّ بالشّراء منه. فإن قُبلت دعواه، فإنّه يشتريه من المشترى الأوّل بنفس الثّمن الّذى

---

(١) The Land Acquisition Act 1894 Sec.11

(٢) The Reqisitioned Land (Continuance of Powers) Act 1947, Sec. 6(2)

www.besturdubooks.wordpress.com

اشتراه به المشترى الأوّل، سواءٌ رضيَ بذلك، أو لم يرض. وإنَ هذا الحقّ يُسمّى شُفعة.

والأصلُ فی ثبوت حقّ الشّفعة ما رواه جابر رضيَ الله تعالی عنه: قال: قال: رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"من كان له شريكٌ فی رَبعةٍ أو نخلٍ، فليس له أن يبيعَ حتّى يؤذِن شريكه. فإن رضيَ أخذ، وإن كره ترك."(١)

وكذلك أخرج البخاريّ عنه قال:

"قضى النّبيَ صلّى الله عليه وسلّم بالشّفعة فی كلّ ما لم يُقسم. فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطُّرق، فلا شُفعة."(٢)

والحكمةُ فی مشروعيّة الشّفعة أنَ الشّريك ربّما يتضرّر بدخول رجلٍ أجنبيّ فی الأرض المشتركة. ولسنا بصدد استيعاب أحكام الشّفعة هنا، فإنّ مدوّناتِ الفقه جعلت لها كتاباً مستقلاً عن البيوع. غير أنّنا نريد أن نذكر بعض الأحكام الأساسيّة المتعلّقة بالبيع وتمييزه عمّا يُعتبر شُفعةً فی القوانين الوضعيّة. وذلك فی صورة نقاط آتية:

١- الشّفعة لاتثبُت إلاّ فی غير المنقولات من الدُّور والعقارات، كما يدلّ عليه قول الرّسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم: " مَن كان له شريكٌ فی رَبعة أو نخلٍ " وقد أخرجه البزّار من طريق أبی الزّبير عن جابر، قال قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

---

(١) أخرجه مسلم، باب الشفعة، رقم ٤٠٩٧

(٢) صحيح البخاري، كتاب الشفعة، رقم ٢٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"لاشُفعة إلاّ فى رَبع أو حائط."[١] وهو مذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة وغيرها، خلافاً لابن حزم، وبعض أهل الظّاهر، حيثُ أثبتوا الشّفعة فى كلّ مُشاعٍ منقول أو غير منقول. وحكاه ابنُ حزم عن بعض التّابعين أيضاً.[٢]

٢- إنّ المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة على أنّ الشّفعة لاتثبُت إلاّ للشّريك فى نفس المبيع. ومذهبُ الحنفيّة أنّها تثبت لأصناف ثلاثة: الأول: الشّريك فى نفس المبيع، والثّانى: الشّريك فى حقوق المبيع، مثل الشّرب والممرّ، والثالث: الجارُ الملاصق، ويُقدّم الصّنف الأوّل على الثّانى، والثّانى على الثّالث. وهذا القول مرويٌّ أيضاً عن ابن سيرين، وابن شُبرمة، والثّوريّ، وابن أبى ليلى، والعترة.[٣] وقد فصّلتُ أدلّة الفريقين فى "تكملة فتح الملهم"[٤]

٣- بما أنّ الشّفعة ثبتت على خلاف القياس، فإنّها تقتصر على ما ورد به النّصّ، ولا يجوز تعديتُها إلى غير المنصوص. ولذا، فإنّ القوانين الّتى صدرت فى بعض البلاد بإثبات الشّفعة للمستأجر أوالمزارع ليست موافقةً للشّريعة الإسلاميّة.[٥]

٤- مذهبُ الحنفيّة والحنابلة أنّ حقّ الشّفعة يثبُت على الفَور، بمعنى أن يطلُبه

---

(١) ذكره الحافظ فى التلخيص، ٣: ٥٥ وقال: سنده جيّد.

(٢) المحلّى لابن حزم ٩: ٨٦ونيل الأوطار للشوكاني ٥: ٢٨١

(٣) المغنى لابن قدامة ٥: ٤٦١ ونيل الأوطار٥: ٢٨١

(٤) تكملة فتح الملهم، ١: ٤١٥ و٤١٦

(٥) وكان قد صدرت فى باكستان قوانين لإعطاء حقّ الشّفعة لغير الشريك والجار، فرُفعت إلى مجلس النّقض الشّرعيّ فى المحكمة العُليا، وكنت قاضياً بها، فألغينا هذه القوانين لكونها مصادمة للشريعة الإسلاميّة، وقد أصدرتُ بذلك قراراً مفصّلاً يوجد فى مجموعة القرارات القضائيّة التى أصدرتها با للغة الأرديّة وقد طبعت باسم "عدالتى فيصلے" ١: ١٥٣

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّفيعُ فورَ ما يعلم بالبيع. فإن تأخّر فى طلبه بعد العلم بالبيع بطلت شُفعته. وهو الأظهر فى قول الشّافعيّة، كما سيأتى. والقول الثّانى لهم أنّ حقّ الشّفيع يستمرّ إلى ثلاثة أيّام بعد علمه بالبيع. ورُويَ عن مالك رحمه الله تعالى أنّ حقّ الشّفيع يبقى إلى سنة. ورُويَ عنه أنّه ينقطع بمُضيّ مدّة يُعلم فيها أنّه تاركٌ لها.[١]

وقد ذكر الفقهاء الحنفيّة أنّ الشّفعة تثبت بثلاث طلبات: طلب المواثبة، وهو أن يقول الشّفيعُ فورَ ما علم بالبيع أنّه يطلبه بالشّفعة، وطلب الإشهاد أن يُشهد رجلين على كونه طالباً للشّفعة، وطلب الخصومة: وهو أن يرفع طلب الشّفعة إلى القاضى. فالتّأخير فى طلب المواثبة يُبطل الشّفعة عند الحنفيّة والحنابلة. وحجّتهم فى ذلك ما رُويَ عن عبد الله بن عمر رضيَ الله تعالى عنهما أنّ رسولَ الله عليه وسلّم قال: "الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَال."[٢] وأعلّ المحدثون هذا الحديث بابن البيلمانيّ، ولكنّه مؤيّد بأثر لشريح القاضى رحمه الله تعالى، قال: "إنّما الشّفعةُ لمن واثبها." أخرجه عبدالرزاق فى مصنّفه[٣] وذكر ابن قدامة رحمه الله تعالى أنّ ثبوت الشّفعة على الفَور مرويٌّ عن ابن شبرمة والبتّيّ والأوزاعيّ وأبى حنيفة والعنبريّ والشّافعيّ فى أحد قوليه.[٤] وذكر النوويّ رحمه الله تعالى أنّه قول الشّافعيّ فى الجديد. قال رحمه الله تعالى: "الأظهر المنصوص فى الكتب الجديدة أنّ الشّفعة على الفَور."[٥] وإنّ اتّفاق

---

(١) المغنى ٥: ٤٧٧ والمقدمات الممهدات لابن رشد ٣: ٧٠

(٢) سنن ابن ماجه، أبواب الشّفعة، باب طلب الشّفعة، رقم ٢٥٠٠

(٣) مصنف عبدالرزاق ٨: ٨٣، رقم ١٤٤٠٦

(٤) المغنى لابن قدامة ٥: ٤٧٧

(٥) روضة الطالبين ٥: ١٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

هؤلاء الفقهاء على ذلك يدلّ على أنّ الحديث والأثر لهما أصلٌ عندهم.

والمعنى فى اشتراط الفور أنّ الشّفعة لم تُشرع لأجل إثراء الشّفيع بمملوكات جديدة، وإنّما شُرعت لدفع الضّرر عنه. والضّرر أمرٌ لاينضبط، فجعلت الشّريعةُ علامةَ ذلك أن لايتحمّل الشّفيعُ البيع إلى آخر، ويُظهر إنكارَه على ذلك فورَ ما يعلم البيع، فإنّه دلالةٌ على أنّه يتضرّر بذلك.

٥- إذا ثبتت الشّفعةُ، فإنّ الشّفيع يشترى من المشترى الأوّل، فيصير المشترى الأوّل بائعاً فى حقّ الشّفيع. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا أخذ الشّفيعُ الدّارَ من المشترى، فعُهدتُه وضمانُ ماله على المشترى، لأنّه يتملّك الدّارَ عليه، ويدفع الثّمن إليه، فهو فى حقّه بمنزلة البائع مع المشترى."[1]

فإن كان المشترى الأوّلُ قبض المبيع، فإنّ الشّفيع يأخذه منه، ويدفعُ إليه الثّمن. وهذا لاخلاف فيه، إلاّ ما حكاه السّرخسيّ رحمه الله تعالى عن ابن أبى ليلى. أمّا إذا لم يكن المشترى قَبَضه، وأراد الشّفيعُ أن يأخذ المبيعَ من البائع، ففيه خلاف:

فظاهرُ الرّواية عند الحنفيّة أنّ الشّفيعَ يأخذه من البائع، وعُهدتُه وضمانُ ماله على البائع، كأنّه اشتراه منه ابتداءً. وذلك لأنّ حقّ الشّفيع اعتبره الشّرع مقدّماً على حقّ المشترى الأوّل. فإذا أخذه الشّفيع بالشّفعة، فاتَ القبضُ الّذى كان يستحقّه المشترى الأوّل. وذلك يوجب انفساخ البيع بينه وبين البائع، كما لو هلك المبيع قبل القبض.

---

(١) المبسوط للسّرخسي ١٤: ١٠١

www.besturdubooks.wordpress.com

فأخذ الشّفيع من البائع جعل البيع بينه وبين البائع، فتكون العهدةُ على البائع.[١]

وذكر ابنُ قدامة رحمه الله تعالى أنّ الشّفيع يأخذه من المشترى إن كان فى قبضه، ومن البائع إن كان فى قبضه، ولكنّ قياسَ المذهب أنّ أخذه من البائع فى حكم أخذِهِ من المشترى، لأنّ العقار مملوكٌ للمشترى بحكم البيع الأوّل. وعلّله ابن قدامة بقوله: "لأنّ العقد يلزم فى بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيعُ فى ملك المشترى وضمانه، ويجوز له التّصرّف فيه بنفس العقد، فصار كما لوقبضه المشترى." ولكن ذكر بعد ذلك أحد الوجهين عن الشّافعيّ رحمه الله تعالى أنّ الشّفيع ليس له أخذه من البائع، ويجبر الحاكم المشتريَ على قبضه، ثمّ يأخذه الشّفيع منه، لأنّ الشّفيع يشترى الشّقص من المشترى، فلايأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أنّ البيع لايتمّ إلاّ بالقبض."[٢]

١٠٢- الشّفعة فى القوانين الوضعيّة

٦- تبيّن ممّا ذكرنا أنّ الشّفعة فى الشّريعة الإسلاميّة شُرعت على خلاف الأصل لدفع الضّرر عن الشّفيع، وليس مقصودُه أن يسُدّ الشّفيعُ بابَ البيع بين متعاقدين متراضيين لمجرّد أن يُكثِر فى ممتلكاته. أمّا ما قد يُسمّى شُفعةً فى القوانين الوضعيّة باسم Pre-emption فالمقصود منه يختلف عن مقصود الشّريعة الإسلاميّة. وإنّ Pre- emption قد استُخدم فى القوانين الوضعيّة بطرق مختلفة. ومنها أنّ القوانينَ فى أمريكا واستراليا أعطت حقَّ شراء الأراضى المَوات المُقفرة للّذين أحيَوها. فالأراضى الموات أو المقفرة

---

(١) هذا ملخص ما فى المبسوط ١٤: ١٠١ و١٠٢

(٢) المغنى لابن قدامة ٥: ٤٧٥ و٤٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com

تُعتبر مملوكةً للحكومة حسب القوانين الوضعيّة. فإن أحياها النّاس، فإنّه لا يحصلُ لهم المِلكُ بمجرّد الإحياء، ولاتزال الأراضي مملوكةً للحكومة، ويحقّ لها أن يبيعها. والعادةُ المتّبَعة أن تُباع هذه الأراضي بالمزايدة. فإذا أرادت الحكومةُ أن تبيع تلك الأراضيَ مزايدةً، فقد أُصدر قانونٌ في الولايات المتحدة بأنّ الحكومة تعرضُ بيعَها على من أحياها قبل أن تُعلن المزايدة. فإن قَبِل الّذين أحيوها شراءَ تلك الأراضي بالثّمن المقدّر من قبل الحكومة، فإنّهم يُصبحون مُلاّكاً لتلك الأراضي. وإنّ هذا الحقّ الّذي اعترفه القانون يُسمّى Pre- emption[1] ويُترجم أحياناً إلى الشّفعة. والحقيقةُ أنّه ليس شُفعةً بالمعنى المعروف في الفقه الإسلاميّ، وإنّما هو حقّ أولويّة الشّراء من الحكومة، بدون أن يملك صاحبُ الحقّ أرضاً مجاورةً، أو يكون شريكاً في الأرض المبيعة.

أمّا في الشّريعة الإسلاميّة، فالأرض المواتُ ليست مملوكةً للحكومة ولا لغيرها، وإنّما يملكها من يُحييها. فالشّريعة الإسلاميّة تُعطي حقّ المِلك مباشرةً لمن يُحيي أرضاً مواتاً بدون أن يحتاج إلى شراءها من الحكومة. وذلك على أساس الحديث المعروف: "من أحيى أرضاً ميتةً، فهيَ له."[2] ولاشكّ أنّه أعدل وأنفع لعمارة أراضي البلاد. فإنّ القانون المذكور يجبر الّذين أحيَوا أرضاً مواتاً على أن يبذلوا أموالهم وجهودَهم مرّتين قبل أن يملكوها: مرّةً عند إحياءها، ومرّةً أخرى عند شراءها من الحكومة.

---

(١) The Preemption Act of 1841. See also The Shorter Oxford Dictionary on Historical Principles, V.2, P. 1653

(٢) أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ٣٨ حديث ١٣٧٨ وقال: "هذا حديث حسن غريب"

www.besturdubooks.wordpress.com

وكان هناك في القانون الإنكليزيّ العامّ (Common Law) صيغةٌ أخرى لما يُسمّى Pre- emption وهو أنّ مَلِك البلاد كان له الحقّ أن يشتريَ حاجاتِ بيته بثمن معيّن منه، ويكون له الأولويّة في شراءها بالنّسبة إلى الآخرين.(١)

وإنّ بعض القوانين الدّوليّة والتّجاريّة أعطت حقّ الشّفعة Pre- emption للدّولة ضدّ الأجانب الّذين يمرّون ببضائعهم التّجاريّة في حدود تلك الدّولة لتصديرها إلى دولة أخرى، فتجبرهم الحكومة أن تبيعها لأهل تلك البلد.(٢)

ومن الصّيغ الحديثة للشّفعة ما يفرضه القانون الإنكليزيّ على شركةٍ مساهمة أنّها إن أصدرت أسهماً جديدةً، أو أرادت أن تبيع أسهماً من خزينته (Treasury Shares) وجب عليها بموجب القانون أن تعرضها أوّلاً على أصحاب الأسهم القديمة، ويكون لهم الأولويّة في الاكتتاب أو في شراء أسهم الخزينة.(٣)

وهذا ليس حقّ الشّفعة كما يتصوّره الفقه الإسلاميّ، لأنّه إن كان مبنيّاً على أساس أنّ أصحاب الأسهم شركاءُ فيما بينهم، لوجبت الشّفعة عند بيع كلّ سهم عن طريق البورصة، ولو كان ذلك البيعُ بصفة فرديّة، ولكنّ القانون لايُعطى هذا الحقّ عند بيع كلّ سهم، وإنّما يخصّ هذا الحقّ بالنّسبة لإصدار الأسهم الجديدة، أو بيع أسهم الخزينة الّتي تملكها الشّركةُ بصفتها شخصاً معنويّا.

١٠٣- الشفعة في الأسهم

والسّؤال من النّاحية الشّرعيّة: هل تجب الشّفعة في بيع الأسهم؟ والجواب: أنّ السّهم

---

(١) Corpus Juris Secondum, V.LXXII,P.478, and Black's Law Dictionary, p.1060

(٢) Black's Law Dictionary, P.1060, "Preemption"

(٣) Companies Act 2006, Section 561

www.besturdubooks.wordpress.com

إن كان عبارةً عن حصّة مشاعة في موجودات الشّركة، كما قرّره العلماء المعاصرون، فإنّها تشتمل على منقولات وغير منقولات، وربّما تكون نسبة المنقولات فيها أكثر من غير المنقولات. ولذلك، لاتجرى فيها الشّفعة على قول الجمهور. وقد ذكر بعض المالكيّة أنّه إن وقع البيع على حائط بما فيه من رقيق ورحىً وبئر وآلاته، فإنّه تثبت الشّفعةُ في الجميع على قول سحنون. والقول الآخر: لاتثبت الشّفعة فيها.(١) ولكنّ القائلين بالجواز إنّما جوّزوه لكون الرقيق والرحى وغيرها تابعة للأرض، بينما المقصود هو بيع الأرض. ولانستطيع أن يُقال ذلك في الأسهم، لأنّ الشّركات لها أنواعٌ مختلفة، وليست المنقولاتُ تابعةً لغير المنقولات دائماً.

ولكن قد تعورف في التجّار عند بيع أشياء ثمينة، وبخاصّة عند بيع محلّ تجاريّ، أو شركة مساهمة، أنّ البائع يشترط على المشترى أنّه إن أراد بيعها، فإنّه يعرض الشّراء عليه، قبل أن يعرضها على العامّة. وإنّ هذا الحقّ المشروط يُسمّى "حقّ الأولويّة للرّفض" (The right of first refusal) فالسؤال: هل يجوز مثل هذا الاشتراط؟ والظّاهر من المبادئ الفقهيّة العامّة أنّه شرطٌ يُخالف مقتضى العقد، فلا يجوز اشتراطه في البيع، حتّى في مذهب الحنابلة الّذين يُجوّزون شرطاً واحداً في البيع. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

> "وإن شرط في المبيع: إن هُو باعه، فالبائع أحقّ به بالثّمن، فروى المروذيّ عنه (أي عن الإمام أحمد) أنّه قال في معنى حديث النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: لاشرطان في بيع، يعني أنّه فاسد، لأنّه شرط أن يبيعه إيّاه وأن يُعطيه

---

(١) المقدمات الممهدات ٣: ٧٩ والذخيرة للقرافي ٧: ٣٠٠ والكافي لابن عبدالبرص ٤٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

إيّاه بالثّمن الأوّل. فهما شرطان في بيع نُهيَ عنهما، لأنّه يُنافي مقتضى العقد، لأنّه شرط أن لايبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو شرط أن لايبيعه إلاّ من فلان، أو أن لايبيعه أصلاً. وروى عنه إسماعيل بن سعيد: البيع جائز ...ويحتمل أن يُحمل كلام أحمد في رواية المروذيّ على فساد الشّرط، وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع، فيكون البيع صحيحاً، والشّرط فاسداً." (١)

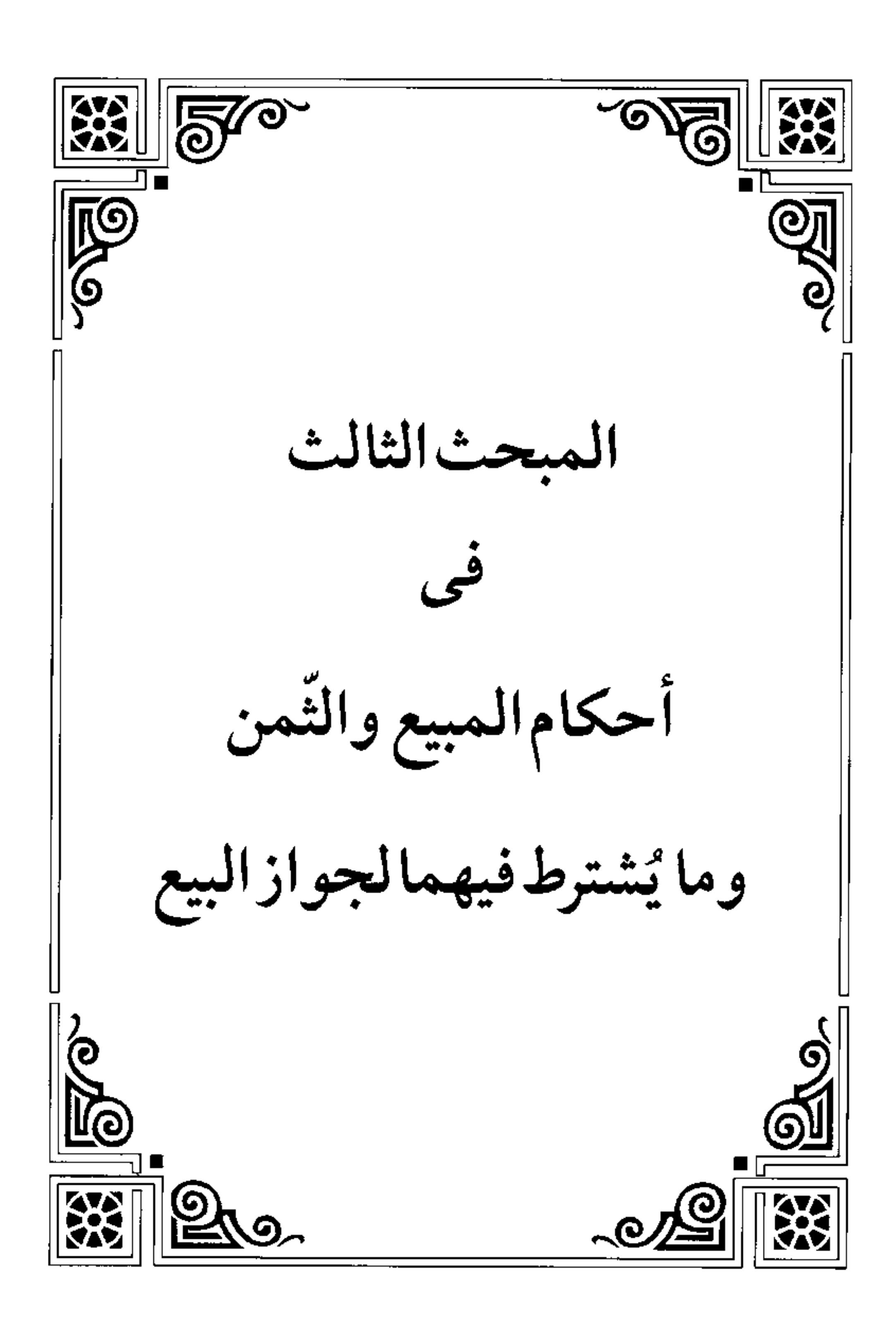
ولكن يُمكن أن يُخرّج على ما قاله المتأخرون من الفقهاء الحنفيّة والمالكيّة في بيع الوفاء أنّ الوفاء إن لم يكن مشروطاً في صُلب العقد، ووقع البيع بدون أيّ شرط، ثمّ وعد البائع منفصلاً عن البيع أنّه كلّ ما جاء المشتري بالثّمن، فإنّه يردّ إليه المبيع، كما فصّلناه في مبحث بيع الوفاء. فكذلك هُنا إن وقع البيع خالياً من الشّرط، ثمّ وعد المشتري أنّه إن أراد البيع فإنّه يعرضه أوّلاً على البائع، فالظّاهر أنّه لامانع من ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٢١٢ و٢١٣ باب بيع الأصول والثّمار

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



المبحث الثالث

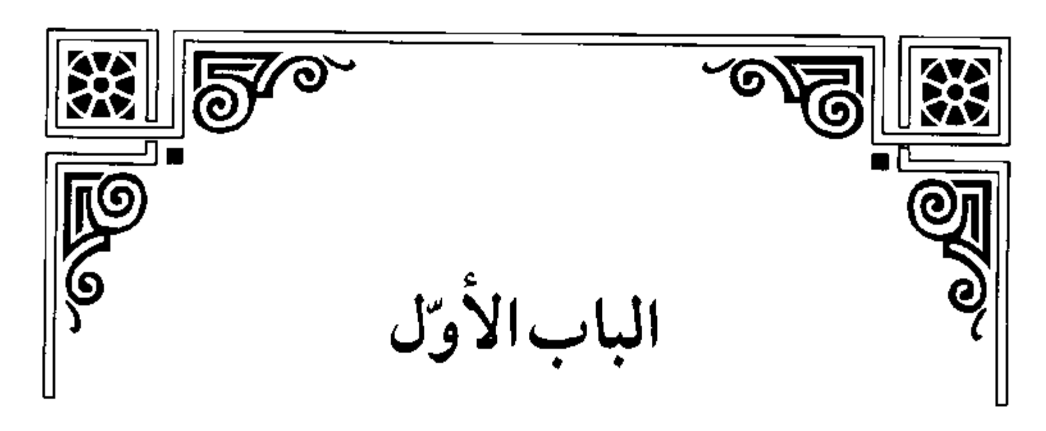
فى

أحكام المبيع والثّمن

وما يُشترط فيهما لجواز البيع

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الأوّل

فى المبيع وما يشترط فيه لصحّة البيع

١٠٤- المبيع وما يشترط فيه لصحة البيع

ونذكر أوّلاً شروطَ البيع الّتى ترجعُ إلى المبيع. فمنها ما يُشترط لانعقاد البيع، ومنها ما يُشترط لصحّتها، بمعنى أنّه إذا فُقد شرط من هذه الشّروط، انعقد البيع فاسداً على مذهب الحنفيّة، وسنذكر ذلك عند كلّ شرط، كما سنذكر حكم البيع الفاسد فى بابٍ مستقلّ إن شاء الله تعالى.

١٠٥- الشرط الأول: ماليّة المبيع

فالشّرط الأول: أن يكون المبيعُ مالاً. وهذا شرطُ الانعقاد. فلاينعقد بيعُ ماليس بمال، بل هو بيع باطل. وهذا القدرُ متّفق عليه بين الفقهاء، ولكن اختلفت عباراتُهم فى تعريف المال، فمنهم من قصَره على الأعيان ذوات القيمة، فأخرج منه المنافع والحقوق المجرّدة، وهو الظّاهر من كلام الحنفيّة. قال الحصكفىّ رحمه الله تعالى

www.besturdubooks.wordpress.com

في شرحه على ملتقى الأبحر:

"والمراد بالمال عينٌ يجرى فيه التّنافس والابتذال."[١]

وقد ذكرنا فى تعريف البيع أنّ هذا التّصريح فى تعريف المال بكونه من الأعيان، وإن كان لايوجد بهذا الوضوح عند غيره، ولكن يُستنبط من كلام الفقهاء المتأخّرين من الحنفيّة وتفريعاتهم أنّه ملحوظٌ عندهم فى تعريف المال. وعلى هذا عرّف الأستاذ مصطفى الزّرقاء المالَ بقوله: "هوكلُّ عينٍ ذاتِ قيمةٍ ماديّةٍ بين النّاس"[٢]

أمّاالشّافعية والحنابلة، فإنهم عرّفوا المالَ بما يشمل الأعيان والمنافع المؤبّدة. قال ابن حجر الهيتمى فى تعريف البيع:

"عقدٌ يتضمّن مقابلةَ مالٍ بمالٍ بشرطه الآتى لاستفادة ملك عينٍ أو منفعةٍ مؤبّدة."[٣]

وقال الشّاطرى:

"البيع لغةً مقابلة شيئ بشيئ، وشرعاً عقدُ معاوضة ماليّة تُفيد ملكَ عينٍ أو منفعةٍ على التّأبيد، كما فى بيع حق الممرّ، ووضع الأخشاب على الجدار، وحقّ البناء على السّطح."[٤]

وقال البهوتى رحمه الله تعالى، وهويُعرّف البيع:

---

(١) الدرالمنتقى بهامش مجمع الأنهر٣: ٤

(٢) المدخل الفقهى العام٣: ١١٨

(٣) تحفة المحتاج ٤: ٢١٥

(٤) الياقوت النفيس فى مذهب ابن إدريس ص ٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"مبادلة عين مالية...أومنفعة مباحة مطلقاً، بأن لاتختصّ إباحتها بحالٍ دون آخر، كممرّ دار، أوبقعة تحفر بئراً، بأحدهما أي عينٍ ماليّة أو منفعة مباحة مطلقا...فيشمل نحو بيع كتاب بكتاب، أوبممرّ في دار، أو بيع نحو ممرٍّ في دار بكتاب، أو بممرّ في دارٍ أخرى."[١]

أمّا المالكيّة، فإنّهم وإن أخرجوا المنافع من تعريف البيع في غير واحد من كتبهم،[٢] ولكنّ الظّاهر أنّ مقصودهم إخراجُ المنافع الموقّتة، لأنّهم أجازوا بيع حق التّعلّي، وحقّ غرز الخشب على الجدار وحقّ الشّرب[٣]. ويظهر منه أنّ المنافع المؤبّدة داخلةٌ عندهم في المال الّذي يجوز بيعه.

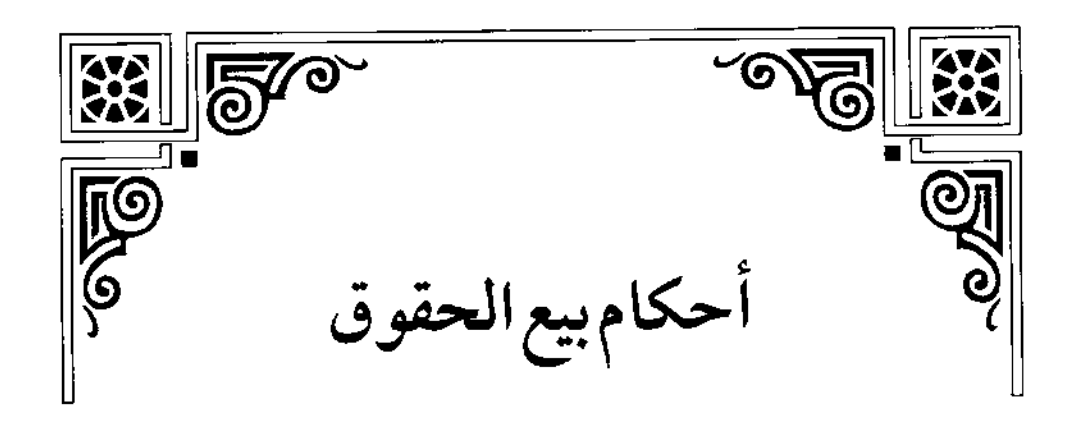
---

(١) شرح منتهى الإرادات ٢: ١٤٠

(٢) راجع الدسوقي على شرح مختصر خليل،٣: ٢ ومواهب الجليل للحطاب،٤: ٢٢٥ ومنح الجليل لمحمد عليش ٢: ٤٦٠

(٣) الدسوقي،٣: ١٤ومواهب الجليل،٤: ٢٧٦ والتاج ولإكليل للمواق ٤: ٢٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com



أحكام بيع الحقوق

١٠٦- بيع الحقوق

ثمّ الحنفيّة وإن اشترطوا لجواز البيع أن يكون المبيعُ عيناً، وصرّحوا بأنّ بيع الحقوق المجرّدة لايجوز، ولكنّهم استثنَوْا من ذلك بعضَ الحقوق الّتى تتعلّق بعينٍ، مثل حقّ المرور فى القول المفتى به.(١) ويظهر من مراجعة كلام الحنفيّة فى مسائلَ مختلفة أنّ عدم جواز بيع الحقوق ليس على عمومه. وقد حقّقتُ المسألة فى رسالتى "بيع الحقوق" وانتهيتُ فيها إلى مايأتى:

الّذى يتحصّل من استقراء الحقوق الّتى تحدّث الفقهاء عن الاعتياض عنها أنّها تنقسم إلى نوعين:

١٠٧- الحقوق الشرعيّة

الحقوق الشّرعيّة: وهى حقوقٌ ثبتت من قِبَل الشّرع، لامدخل فيها للقياس، بمعنى أنّها لم تثبت لأصحابها إلاّ بنصٍّ جليّ أو خفيّ من قبل الشارع. ولولا ذلك النّصُّ ماثبتت،

(١) ردالمحتار ١٤: ٦٤٠ فقره ٢٣٥١٠

www.besturdubooks.wordpress.com

مثل حقَ الشّفعة، وحقَ الولاء، وحقّ الوراثة، وحقّ النَسب، وحقّ القصاص، وحقَ التمتّع بالزّوجة، وحقّ الطّلاق، وحقّ الحضانة، والولاية، وحقُّ المرأة فى قَسْم زوجها لها. وإنَ هذه الحقوقَ على قسمين: الأوّل: حقوقٌ ليست ثابتةً أصالةً، وإنّما أثبتها الشّارع لدفع الضّررعن أصحابها، ويمكن أن نُسمّيها "الحقوق الضّرورية". والثّانى: حقوقٌ ثبتت لأصحابها أصالةً، لاعلى وجه دفع الضّرر فقط، ويمكن أن نُسمّيها "الحقوق الأصليّة"

فأمّا الحقوق الضّروريّة، فمثالُه حقّ الشّفعة، فإنّه ليس حقّاً ثابتاً بالأصالة، لأنّ الأصل أنّ المتبايعين إذا عقدا بيعاً عن تراضٍ منهما، فلا حقّ لثالثٍ أن يتدخّل بينهما، ولكنّ الشّريعة إنّما أثبتت حقّ الشّفعة للشّريك والخليط (والجارعلى مذهب الحنفيّة) لدفع الضّرر عنهم.

وكذلك حقّ الزّوجة فى قَسْم زوجها لها إنّما شُرع لدفع الضّرر عنها، وإلاّ فالزّوجُ لها الخيار فى أن يتمتّع بزوجته ويبيتَ عندها متى شاء. ويدخل فيه الحضانة وولاية اليتيم وخيار المخيّرة. وحكم هذا النّوع من الحقوق أنّه لايجوز الاعتياضُ عنها، لاعن طريق البيع ولا عن طريق الصّلح والتّنازل بمال. والدّليل عليه عقلاً أنّ الحقّ لم يكن ثابتاً لصاحبه أصالة، وإنّما ثبت له لدفع الضّرر عنه. فإن رضي بإعطاءه لغيره، أو تنازلَ عنه لآخر، ظهر أنّه لاضرر له عند عدمه، فيرجع الأمر إلى الأصل، وهو عدم ثبوت الحقّ له، فلا يجوز له أن يطالب على ذلك بعوض. كالشّفعة إذا تنازل عنها الشّفيع، ظهر أنّه لاضرر له فى البيع الّذى كان سبباً لثبوت حقّه، فانتفى حقُّه فى نقض ذلك البيع، ولا يجوز إذاً أن يأخذ على ذلك مالاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

وكذلك حقّ القَسْم للمرأة كان لدفع الضَرر عنها، فلمّا تنازلت عنه، ظهر أنّها لاتتضرّر بترك القسم، فلا يجوز لها أخذُ العوض على هذا التّنازل. ومثلُه المرأة المخيّرة من قِبل زوجها بقوله: "اختاري"، لهاالخيار بفسخ نكاحها منه دفعاً للضّرر عنها، فلو قالت "أختار زوجي، وأُبطِل الخيارَ بمالٍ يعطيني"، ظهر أنّه لاضررَ لها في بقاءها مع زوجها، فلا تستحقّ أخذ العوض على ذلك. وكذلك امرأة العنّين، لها أن تفسُخ نكاحَها من زوجها العنّين، لدفع الضَرر عن نفسها، فإن رضيت بالبقاءَ معه بمال، ظهر أنّها لاتتضرّر ببقاء النّكاح، فلا يجوز لها أخذُ العوض.

والثّاني: الحقوق الأصليّة. وهي الّتي ثبتت لأصحابها أصالةً، لاعلى وجه دفع الضرر فقط، مثل حقّ القصاص، وحقّ تمتع الزَوج بزوجته ببقاء نكاحها معه، وحقّ الإرث، وما إلى ذلك. وحكم هذا النّوع من الحقوق أنّه لايجوز الاعتياض عنها بطريق البيع، بأن ينتقلَ به الحقّ إلى المشتري، فينتقل إليه ماكان يستحقّه البائع، فلا يجوز لوليّ قتيلٍ أن يبيعَ حقّ الاقتصاص إلى رجل آخر، بأن يستحقّ ذلك الرّجل استيفاءَ القصاص بدلاً منه، وكذلك لايجوز لرجل أن يبيع حقّ تمتّعه بالزّوجة إلى غيره، ليتمتّع هو بها، ولايجوز لوارثٍ أن يبيع حقّ إرثه إلى رجلٍ آخر، بحيث يرثُ هو عوضاً عن الوارث الحقيقيّ. لأنّ هذه الحقوق إنّما أثبتها الشّارع لمرإٍ مخصوص بصفة مخصوصة، كلّما تنتفي هذه الصّفة تنعدم الحقوق. فحقُّ القصاص إنّما أثبته الشّارع لوليّ المقتول بصفة كونه وليّاً له، فإذا انتفت الولاية انتفى الحقّ.

وبعبارةٍ أخرى، إنّ هذه الحقوق لاتقبل الانتقالَ من واحدٍ إلى آخر شرعاً، فلاتُباع، ولاتوهب، ولا تُورث. ووراثةُ حقّ القصاص أو الإرثِ ليس وراثةً حقيقةً، وإنّما هو حقٌّ يثبت للوارث أصالةً عند عدم الوليّ الأقرب، أو الوارث الأقرب، لامن حيثُ إنّه

www.besturdubooks.wordpress.com

ينتقل من الولىّ الأقرب إلى وارثه. فبما أنّ الشّريعة لاتأذنُ بنقل هذه الحقوق من واحدٍ إلى آخر، فلايجوز الاعتياض عنها بطريق البيع والمبادلة. ومأخذ هذا الحكم حديث ابن عمر رضى الله عنهما: "أنّ النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الولاء وهبته."[١]

ولكنّ هذه الحقوق يجوز الاعتياض عنها بطريق الصّلح والتّنازل بمال، بمعنى أنّ المستحقّ فى هذه الحقوق يُمسك عن استعمال حقّه بمالٍ يطالِبُ به مَن له مصلحةٌ فى إسقاطه، مثلُ ولىّ القتيل إذا استحقّ القصاص، فإنّه يُباحُ له أن يصالح القاتلَ على مال، وإنّ هذا المالَ مقابلٌ لإمساك صاحب الحقّ عن استيفاءه، وإنما يبذله القاتلُ دفعاً لضرر الموت عن نفسه. وهذا جائزٌ بنصّ القرآن والسّنّة، وبإجماع أهل العلم.

وكذلك الزّوج له الحقّ أن يتمتّع بزوجته ببقاء نكاحها معه، ولكنّه يُمسك عن استعمال هذا الحقّ بمال تفتدى به المرأةُ فى الخلع والطّلاق على مال. وذلك جائزٌ بنصّ القرآن، وعلى ذلك انعقد الإجماع.

وإنّ هذا الفرق بين الحقوق الضّروريّة والحقوق الأصليّة قد ذكره البيرىّ من الفقهاء الحنفيّة فى شرحه على الأشباه والنظائر، وحكاه ابن عابدين رحمه الله فى ردّ المحتار.[٢]

ولكنّ جواز هذا الاعتياض على وجه الصّلح إنما يجوز إذاكان هناك حقٌّ قائمٌ ثابتٌ

(١) أخرجه البخارى فى العتق" باب بيع الولاء وهبته، وفى الفرائض، باب اثم من تبرأ من مواليه. وأخرجه مسلم فى العتق، باب بيع الولاء وهبته وهذالفظ مسلم.

(٢) ردالمحتار ١٤: ٦٦ فقره ٢٢٢٧٤

www.besturdubooks.wordpress.com

فى الحال، كما فى حقّ القصاص، وحقّ بقاء النكاح والرّقّ. أمّاإذاكان حقًّا متوقّعاً فى المستقبل غيرَثابت فى الحال، فإن ذلك لايجوز الاعتياض عنه، لاعن طريق البيع ولا عن طريق الصّلح. وذلك مثلُ حقّ الإرث فى حياة المورث، لايجوز التّنازلُ عنه بمال، لأنّ حقّ الإرث فى حياة المورث ليس حقًّا ثابتا، بل هوحقٌّ متوقّع يحتمل الثّبوت وعدمه، وإنما يتقرّر بموت المورث فى حياة الوارث. وكذلك حقّ الولاء فى حياة المولى حقٌّ غير متقرّر، وإنما يتأكّد بموته، فلايصحّ التّنازل عنه. وأمّابعد موت المورث أوالمولى، فإنّ ذلك الحقَّ ينتقل إلى ملكٍ مادّىّ فى تركته، فيصحّ بيعُه أوالتّنازل عنه بطريق التّخارج بشروطه المعروفة.

١٠٨- الحقوق العرفيّة

والنّوع الثانى من الحقوق: هى مايمكن أن تُسمّى "الحقوق العرفيّة". ونقصد بذلك الحقوق المشروعة الّتى ثبتت لأصحابها بحكم العُرف والعادة. وإنّها حقوقٌ مشروعةٌ، من حيث إنّ الشّريعة الإسلاميّة أقرّتها عن طريق إقرارها للعُرف والتّعامل، ولكنّ مأخذها الأصيل هو العُرف دون الشّرع، وذلك مثل حقُّ المرور فى الطّريق، وحقُّ الشِّرب، وحقّ التسييل، وما إلى ذلك. ثمّ إنّ هذه الحقوق أنواع:

١٠٩- المنافع المتعلقة بالأعيان

الأوّل: الحقوق المتعلّقة بالأعيان بمعنى حقّ الاستفادة بالمنافع المتعلّقة بالأعيان المادّية. فإن كان الانتفاعُ لمدّة معلومة، فإنّ الاعتياض عنها مشروعٌ بطريق الإجارة، وتجرى عليها أحكامُها، مثل الانتفاع بسكنى الدّار لمدّة معينة. وأمّا إذا كان المالكُ

www.besturdubooks.wordpress.com

ينقُل هذه المنفعة إلى الآخر على سبيل التّأبيد، فإنّه بيعٌ لتلك المنفعة، وذكره الفقهاءالحنفيّة باسم بيع الحقوق المجرّدة أيضاً. وقد ذكرنا فى أوّل البحث أنَ الأئمة الثلاثة يُدخلون بيعَ المنافع المؤبّدة فى تعريف البيع، فلا مانعَ عندهم من جواز هذا البيع. فيجوز عندهم بيعُ حقّ المرور، وحقّ وضع الخشب على الجدار، وحقّ البناء على السّطح الّذى قد يُعبّر عنه بحقّ التعلّى.[١]

أمّا الحنفيّة، فقصَروا المال على الأعيان، ولم يُدخلوا فيه المنافع والحقوق. ولكن ألحق مشايخهم الحقوقَ المتعلّقة بالأعيان، مثل حقّ المرور فى أرضٍ معلومة، فجوّزوا بيعَه فى القول المختار عندهم، ولم يجوّزوا بيعَ حقّ التعلّى، لأنّه يتعلّق بالهواء الّذى ليس بعين مال.[٢] والظّاهر أنّ حقّ التّعلّى صار الآن متعامَلاً به، فالأخذ بقول الأئمّة الثلاثة أولى، والله سبحانه أعلم.

واختلفت أقوال المشايخ فى حقّ الشِّرب، فمنعه بعضُهم لكونه حقًّا مجرّداً، وجوّزه بعضهم بحكم العرف.[٣] وهذا يدلّ أنّ للعرف مجالاً فى إدراج بعض الحقوق والمنافع فى الأموال، ويقول ابن عابدين رحمه الله تعالى: "والماليّة تثبت بتموّل النّاس كافّةً أوبعضهم، والتقوّم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعا."[٤]

---

(١)الدسوقى،٣: ١٤ ومواهب الجليل، ٤: ٢٧٦ والتاج ولإكليل للمواق ٤: ٢٧٥ شرح منتهى الإرادات٢: ١٤٠ والياقوت النفيس فى مذهب ابن إدريس ص ٧٤

(٢) فتح القدير٢:٦٥و٦٦ وردالمحتار١٤: ٦٤٠ فقره ٢٣٥١٠ و ٢٣٥١١

(٣) المبسوط للسرخسى٢٣:١٧١

(٤) ردالمحتار١٤: ٩ فقره ٢٢١٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٠ – حقّ الأسبقية

والثّاني: حقّ الأسبقية. وهوعبارةٌ عن حقّ التملّك أوالاختصاص الّذي يحصُل للإنسان بسبب سبق يده إلى شيء مباح، مثل حقّ التّملك بإحياء الأرض. وقد أجمع الفقهاء على أنّ الأرض الموات لايملكها الإنسان إلابالإحياء. وأمّا التّحجير، فلايثبتُ به الملك، وإنّمايثبتُ به الاختصاص، وحقُّ التملّك بالإحياء. فمن حجّر أرضاً، فإنّه أحقُّ بإحياءها. واختلفت أقوال الفقهاء الشّافعيّة والحنابلة في جواز بيع هذا الحقّ. والمختار في المذهبين عدمُ الجواز.[١] ولكن ذكر البهوتيّ من الحنابلة أنّ الاعتياض عنه، وإن كان لايجوز بطريق البيع، ولكنه يجوز بطريق التّنازل والصّلح عن الحقّ.[٢]

وكذلك من سَبَق إلى مكانٍ في المسجد، فهو أحقّ بذلك المكان، وله أن يؤثِر به غيرَه، ولكن لايجوز له أن يبيع هذا الحقّ. نعم! ذكر البهوتيّ أنّه يجوزله التنازل عنه بعوض. أمّا الحنفيّة والمالكيّة، فلم أجد حكمَ بيع هذا الحقّ عندهم صراحة. وقياس قولهم أنّه لايجوز عندهم أيضاً.

١١١ – حقّ إنشاء العقد أوإبقاءه

والثّالث: حقّ إنشاء العقد أو إبقاءه: والمراد بذلك حقُّ إنشاء عقدٍ مع آخر أو إبقاءه، مثل خلوّ الدُّور والحوانيت، فإنّه حقٌّ لإنشاء عقد الإجارة مع صاحب البُقعة، أو إبقاءه في المستقبل، ومثل حقّ الوظائف السّلطانية أوالوقفيّة، فإنّه حقٌّ لإبقاء عقد الإجارة مع

---

(١) تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي،١٤:٤٧١ ومغني المحتاج٢:٣٦٧، والكافي لابن قدامة ٢:٤٣٩، والإنصاف للمرداوي٦:٣٧٣

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢:٤٦٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الحكومة أو ناظر الوقف. وقد اتّفقت المذاهب الفقهيّة على أنّه لايجوز بيع هذا الحقّ، ولكنّ كثيراً من الفقهاء الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة جوّزوا التّنازل عنها بعوض.[١]

والفرق بين البيع والتّنازل بعوض: أنّ البيعَ ينقُل إلى المشترى ماكان يملكُه البائع، والتّنازل لاينقُل المِلك إلى المنزول له، وإنّما يُسقِط النّازلُ حقّه، وليست فائدتُه فى حقّ المنزول له إلاّ زوالَ المزاحمة من قِبل النّازل. وقد بيّن الإمام القرافىّ رحمه الله تعالى هذا الفرق بين قاعدة النّقل وقاعدة الإسقاط.[٢]

وهذاالقسم من الحقوق له جزئيّاتٌ كثيرةٌ انتشرت فى عصرنا، ولنتكلّم على الأهمّ منها واحدا تِلوَ الآخر، والله سبحانه هوالموفق للصواب.

١١٢- خلوّالدُّور والحوانيت

المعروف فى كثيرٍ من البلاد اليوم أنّ المؤجر حينما يؤجر أرضَه أوبيتَه، فإنّه يُعطيه حقّ البقاء على هذه الإجارة إلى الأبد (وقد يُسمّى حقّ القرار) بمبلغٍ مقطوعٍ يأخذه عند عقد الإجارة، ثم يطالبُه بأجرة دوريّة متّفق عليها. ويُعتبر المستأجر بعدذلك مالكاً لحقّ القرار. فلو أراد المؤجر أن يستردّ منه الأرضَ المؤجَرة، فإنّه لايحقّ له ذلك إلاّبعوضٍ مقطوع يتراضى عليه الفريقان فى ذلك الحين. وكذلك لو أراد شخصٌ ثالثٌ أن يستأجر تلك الأرض، فإنّه لايمكنُ له ذلك إلاّ بأن يدفع إلى صاحب حقّ القرار، وهوالمستأجرالأول، عوضاً عن تنازله عن حقّه. والمعروف فى كثيرٍ من البلاد أنّ هذا المستأجرَ الجديد قد يدفع إلى المالك مبلغاً آخر ليعترف

(١) ردالمحتار، ١٤: ٦٦ فقره ٢٢٢٧٤ نهاية المحتاج، ٥: ٤٧٨ وشرح منتهى الإرادات ٢: ٤٦٤

(٢) الفروق للقرافى ٢: ١١٠ الفرق التاسع والسبعون

www.besturdubooks.wordpress.com

المالكُ بانتقال حقّ القرار إليه مكانَ المستأجر الأوّل.

وحقُّ القرار فى مثل هذه التّعاملات يُسمّى "خُلواً". فهناك أربع مسائل تحتاج إلى بيان حكمها:

المسألة الأولى: هل يجوز للمؤجر أن يطالِب المستأجرَ بمبلغ مقطوع، سوى الأجرة، مقابلَ منحه حقّ القرار أو حقّ البقاء على الإجارة إلى الأبد؟

المسألة الثانية: هل يجوز للمستأجر أن يطالب المالكَ بعوض إن أراد المالك استردادَ الأرض أوالبيت منه؟

المسألة الثالثة: هل يجوز للمستأجر الأوّل أن يطالب المستأجرَ الجديد بعوضٍ عن تنازل حقّه فى البقاء؟

المسألة الرابعة: هل يجوز للمالك أن يطالب المستأجر الجديدَ بعوض لمجرد اعترافه بكونه مستأجراً جديداً بعد ما تنازل له المستأجر الأوّل بعوض دفعه إليه؟

أمّا المسألة الأولى، فالظّاهرُ من كلام الفقهاء، أصحاب الكتب المعروفة، أنّ ذلك لايجوز، لأنّ اشتراطَ التّأبيد يُبطل الإجارة عند كثيرٍ منهم. جاء فى المحيط البرهانى:

"والتأقيت شرط جوازها (أى الإجارة) والتّأبيد يُبطلها."[1]

وقال الزّيلعىّ رحمه الله تعالى:

"لايجوزأن يضرب لها (أى للإجارة) أجلاً لايعيش إليه مثلُه عادة، لأنّ

---

(١) المحيط البرهانى ١٢:٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الغالبَ كالمتحقّق فى حقّ الأحكام...فصار كالتّأبيد معنىً، فلايجوز، لما عُرف أنّ التّأبيد يبطلها."[1]

فإن كان شرط التّأبيد يبطل الإجارة، فكيف يثبُت به حق القرار الدائم؟ ومتى لم يثبت الحقّ، فكيف يجوز أخذ العوض عليه؟

نعم! قد أثبت بعض الفقهاء المتأخرين حقَّ القرار فى الأراضى السّلطانية والوقفيّة إن كانت الأراضى معطّلة، ولم يوجَدْ من يعمُرها إلاّ بأن يكون له حقُّ القرار فيها، أو أُتيح له حقُّ القرار عوضاً عن عمارتها، أو بنى المستأجر، أوغرس فيها الأشجار، لأنّ هذه الأراضيَ مُعَدّةٌ للإجارة، فاعتُبر صاحبُ اليد أحقَّ بالاستئجار من غيره.[2] ولكن لم أجدْ عند أحدهم جوازَ أن يتقاضى من المستأجر عوضاً عن حقّ القرار مستقلاً عن الأجرة. وإنّما صرّحوا بأنّ من شروط حقّ القرار أن يدفع المستأجرُ أجرةَ المثل دائماً، حتىّ لو زادت أجرةُ المثل زاد الأجرة. ثمّ إنّهم صرّحوا بأنّ هذا الحقّ يتبع العمارة أوالغَرْس الّذى أحدثه المستأجرُ فى الأرض المؤجَرة، وأنّ هذا الحقَّ لايثبُت بمجرّد وضع اليد عليها.

وعلى هذا، فإنّ بدلَ الخلوّ الّذى يأخذه المؤجرُ فى أوّل العقد لاينطبق على مثل حقّ القرار الّذى جوّزه المتأخّرون فى الأراضى الوقفيّة والسّلطانيّة. ومن المقرَّر أنّ العاقدَ لايجوز له أن يطالبَ العاقد الآخرَ عوضاً عن مجرّد دخوله فى العقد، علاوةً على مايستحقّه بالعقد، فإنّه رشوة.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى، ٧٩:٦وراجع أيضا بدائع الصنائع،كتاب النكاح، ٤٨٦:٢

(٢) قد أطال ابن عابدين رحمه الله فى تحرير هذه المسألة فى مواضع مختلفة من ردالمحتار وفى رسالته "تحرير العبارة فيمن هو أحق بالإجارة"وليراجع لها ردالمحتار،كتاب البيوع، ١٤: ٧٢ فقره ٢٢٢٧٥ وكتاب الإجارة،٢٦:٦ ورسائل ابن عابدين،١٥٤:٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد خرّج بعضُ العلماء المعاصرين جوازَ الخلوّ على أنّه اعتياضٌ عن حقّ المالك في استرداد الأرض المؤجَرة من المستأجر، وأنّه يجوز بحكم العرف، كما يجوز النّزول عن الوظائف بمال.[1] وفيه نظرٌ من جهةِ أنّ الفقهاءَ لمّا لم يجوّزوا اشتراطَ التّأبيد في الإجارة، فكأنّهم لم يجوّزوا للمالك أن يتنازل عن حقّ الاسترداد. والاعتياضُ عن النّزول إنّما يجوز إذاكان النّزولُ جائزاً شرعاً.

وأمّا المسألة الثّانية، فالمعاصرون الّذين جوّزوا بدلَ الخلوّ أجازوا للمستأجر أن يطالِب المالكَ بعوضٍ إن أراد إخلاءَ الأرض منه. وهذا العوضُ لايجب أن يكون مساوياً لما دفعه المستأجرُ إلى المؤجر في بداية العقد بدلاً عن الخلوّ، بل يجوز للفريقين أن يتّفقا على أيّ مبلغٍ بتراضيهما. أمّا على القول بعدم جواز بدل الخلوّ، وهو الرّاجحُ، فإن لم تكن مدّةُ الإجارة محدّدةً، فلا يجوز للمستأجر أن يطالِب المالكَ بعوضٍ عن إخلاء الأرض. نعم! يجوز له أن يستردّ منه مادفعه كبدل الخلوّ عند بداية العقد، فإنّه رِشْوةٌ يجب ردُّها إلى الدّافع.

وأمّا المسألة الثّالثة، وهي: هل يجوز للمستأجر القديم أن يطالِبَ المستأجرَ الجديد مقابلاً لحقّه في البقاء على الإجارة؟، فالّذين يجوّزون بدلَ الخلوّ يجوّزون ذلك أيضاً. أمّا على القول بمنع بدل الخلوّ، فإن كانت الإجارةُ غيرَ محدّدة المدّة، كما هومعروفٌ في المؤجَرات على سبيل الخلوّ، فلا يجوز أخذُ هذا البدل من المستأجر الجديد. نعم! إذا حُدّدت مدّةُ أصل الإجارة، ثمّ تنازل المستأجرُ عن حقّه قبل تلك المدّة لمستأجرٍ جديد، فإنّه يجوز له أن يأخذعوضاً عن هذا التّنازل.

---

(١) جديد فقهى مباحث للشيخ مجاهد الإسلام القاسمى ٢:٥٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّاالمسألة الرّابعة، وهيَ: هل يجوز للمالك أن يُطالِب المستأجرَ الجديدَ بعوضٍ لمجرّد اعترافه بكونه مستأجراً جديداً بعد ما تنازل له المستأجرُ الأوّل بعوضٍ دفعه إليه؟ فلم أرَ من أجاز ذلك حتىّ الّذين قالوا بجواز الخلوّ.

وبما أنّ معْظمَ الفقهاء لم يجوّزوا بدل الخلوّ، فالطّريق الصّحيح الّذى لاغُبارَ عليه عند أحدٍ هو مايأتي:

١- يجوز للمؤجر أن يأخذمن المستأجر مقداراً مقطوعاً من المال يُعتبر أجرةً مقدّمةً لِسنين معلومة. وهذا بالإضافة إلى الأجرة السّنويّة أوالشّهريّة، وتجرى على هذا المبلغ المأخوذِ أحكامُ الأجرة بأسْرها، فلوانفسخت الإجارة قبل أمدها المتّفق عليه لسببٍ من الأسباب، وجب على المالك أن يردّ على المستأجر مبلغاً يقع مقابلاً للمدّة الباقية من الإجارة.

٢- إذاكانت الإجارةُ لمدّة معلومة، استحقّ المستأجرُ البقاءَ عليها إلى تلك المدّة، فلوأراد رجلٌ آخر أن يتنازل المستأجرُ عن حقّه، ويصيرَ هو المستأجرَ بدله، يجوز للمستأجر الأوّل أن يطالِب بعوض، ويكونُ ذلك نزولاً عن حقّ الاستئجار بعوض، ويجوز ذلك قياساً على النّزول عن الوظائف بمال. ولكن يُشترط لذلك أن تكون الإجارةُ الأصليّة إلى مدّة معلومة، كعشر سنين مثلاً، ويتنازل المستأجر فى أثناءها.

٣- إذاكانت الإجارةُ لمدّة معلومة، لايجوز للمؤجرأن يفسُخها إلاّ بمبرِّرٍ شرعىّ. فإن أراد أن يفسُخها دون مبرِّر شرعىّ، جاز للمستأجر أن يُطالبه بعوض، ويكون ذلك نزولاً عن حقّه بعوض. وهذا بالإضافة إلى ما يستحقّه من استرداد جزءٍ باقٍ من المبلغ المقطوع الّذى دفعه المستأجر كأجرةٍ مقدّمةٍ فى بداية العقد. والله سبحانه وتعالى أُعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٣- بيع الاسم التجارى أو العلامة التجارية

إنَّ بعضَ التّجّار أو الشّركات التّجاريّة تحوزُ سُمعةً حسنةً فى السّوق لجَودة منتجاتها، ويعتبر اسمُها التّجاريّ ضماناً لنوعٍ معروفٍ من المنتَج، فيشتريه المستهلكون بمجرّد ما يَرون هذا الاسم على منتج، ثقةً منهم بأنّ أيّ منتج بهذا الاسم يفى بمتطلّباتهم. ومن ثَمَّ صار الاسم التجاريّ أو العلامة التّجاريّة سبباً لكثرة إقبال المشترين على المنتَجات وقلّتِه، فصار الاسم التجاريّ أو العلامة التّجاريّة لهما قيمةٌ فى نظر التّجّار، فكلُّ اسمٍ حاز سُمعةً حسنةً بين النّاس يُمثّل كثرةَ رغبة المشترين فى بضاعةٍ واردة فى السّوق بذلك الاسم. ولمّا ظهر أنّ بعضَ النّاس بدءوا يستعملون أسماء المنتِجين الّذين لهم شُهْرةٌ حسنة، لترويج بضاعتهم بهذا الاسم، وخيف التباسُ الأمرعلى عامّة النّاس، صدرت تشريعاتٌ من قِبل الحكومات لتسجيل الأسماء التّجاريّة والعلامات التّجاريّة عندالجهات الحكوميّة، ومَنْعِ التّجّار من استعمال الأسماء والعلامات الّتى سجّلها غيرُهم، فصارت هذه الأسماء والعلاماتُ بعد التّسجيل لها قيمةٌ ماديّة فى عُرف التّجّار، وشرع التّجّار يبيعون هذه الأسماء، ويشترونها بأثمانٍ غالية وأموالٍ طائلة، لما يرجون من كثرة إقبال النّاس على ما يُنتجونه لشهرة الاسم.

والكلامُ فى جواز الاعتياض عن الاسم التّجاريّ فى موضعين: الأوّل: هل يجوز الاعتياض عن استعمال الاسم التّجاريّ رغْمَ أنّه ليس عيناً مادّيًا، وإنّما هو مجرّد حق؟ والثّانى: هل يتضمّن انتقال الاسم التجاريّ إلى جهة أخرى تغريراً أو غشًا للمشترين؟

www.besturdubooks.wordpress.com



أمّاالمسألة الأولى، فإنّ استخدامَ الاسم التجاريّ، وإن كان حقّاً، فإنّه ثبت لصاحبه أصالةً بحكم الأسبقيّة، وبالتّسجيل الحكوميّ، وليس دفعاً للضّرر فحسب. وهو حقٌ ثابتٌ فى الحال، ويقبل الانتقالَ من واحدٍ إلى آخر، ولكنّه ليس حقّاً ثابتاً فى عينٍ قائمة. فعلى ضوء القواعد الّتى استخلصناها فى موضوع بيع الحقوق، ينبغى أن يجوز الاعتياض عنه على طريق التّنازل، دون البيع. وبهذا أفتى شيخ مشايخنا الإمام أشرف عليّ التهانوى رحمه الله تعالى وقاسَه على مسألة التّنازل عن الوظائف بمال.[1]

ويبدو لهذا العبد الضعيف عفاالله عنه أنّ حقّ الاسم التّجاريّ والعلامات التّجاريّة، وإن كان فى الأصل حقّاً مجرّداً غيرَثابتٍ فى عينٍ قائمة، ولكنّه بعد التّسجيل الحكوميّ الّذى يتطلّب جُهداً كبيراً وبَذْلَ أموالٍ جمّة، والّذى تحصُل له بعد ذلك صفةٌ قانونيّةٌ تمثّلها شهاداتٌ مكتوبةٌ بيد الحامل وفى دفاتر الحكومة، أشبهَ الحقَّ المستقرَّ فى العين، والتحق فى عرف التّجار بالأعيان، فينبغى أن يجوز الاعتياض عنه على وجه البيع أيضاً، ولاشكّ أن للعُرف العامّ مجالاً فى إدراج بعض الأشياء فى الأعيان، لأنّ الماليّة ،كما يقول ابن عابدين رحمه الله، تثبت بتموّل الناس. وهذا مثل القوّة الكهربائيّة أو الغاز الّتى لم تكن فى الأزمان السّالفة تُعدّ من الأموال والأعيان المتقوّمة، لأنّها ليست عيناً قائمة بذاتها، ولم يكن إحرازُها فى الوُسعة البشريّة، ولكنّها صارت الآن من أعزّ الأموال المتقوّمة التى لاشبهةَ فى جواز بيعها وشراءها، وذلك لنفعها البالغ، ولإمكان إحرازها، ولتعارف النّاس بماليّتها وتقوّمها. فكذلك الاسم التّجاريّ أو العلامة التّجاريّة أصبحت بعد التّسجيل الحكوميّ ذاتَ قيمة بالغة فى عُرف التجّار، ويصدُق عليها أنّها تُحرَز بإحراز شهادتها المكتوبة من

---

(١) إمداد الفتاوى ٣:١١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

قبل الحكومة، وإحرازُ كلِّ شيء بما يلائمه، ويصدُق عليها أيضاً أنهاتُدّخَر لوقت الحاجة. فالعناصر اللاّزمة الّتى تمنح الشّيئ صفةَ الماليّة متوفّرة فيها، سوى أنّها ليست عيناً قائمةً بنفسها، فيبدو أنّه لامانعَ شرعاً من أن يُسلك بها مسلكَ الأموال فى جواز بيعها وشراء ها.

وأمّا المسألة الثانية، وهى: هل يتضمّن نقلُ الاسم التجارى أوالعلامة التّجاريّة الغشَّ والخداع؟ فالجواب أنّه إذا لم يقع الإفصاح العامُّ بأنّ الاسم التجاريَ أوالعلامة التجاريّة انتقلت إلى جهةٍ أخرى، ولم تلتزم الجهة المشتريةُ بالحِفاظ على نفس المستوى للمنتَج فى الجَودة، فلاشكّ أنّ فى ذلك غِشّاً وخداعاً، وهو حرامٌ بالنّصّ.

أمّا إذا التزمت الجهةُ البائعة أنّها ستنقل إلى الجهة المشترية الكفاءةَ المهَنيّة مع نقل الاسم والعلامة، بأن تنقُل إليها نفسَ التّقنية، أو وقع الإفصاحُ العامَ أنّ الاسم والعلامة انتقلا إلى جهةٍ أخرى، فالظّاهر أنّه لاغشّ فى ذلك إذا بذلت الجهةُ المشترية أقصى جُهدها للحفاظ على مستوى المنتَج، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وبهذا أصدر مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ قراراً فى دورتها الخامسة المنعقدة فى الكويت من ۱ إلى ٦ جمادى الأولى سنة ۱٤۰۹ من الهجرة النبويّة على صاحبها السّلام. ونصُّ القرار مايلى:

"يجوز التّصرّف فى الاسم التجاريّ أوالعنوان التّجاريّ أوالعلامة التّجاريّة ونقلُ أيّ منها بعوضٍ ماليّ إذا انتفى الغرر والتّدليس والغشّ باعتبار أنّ ذلك أصبح حقًّا ماليّا."(۱)

---

(۱) مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد الخامس، الجزء الثالث ص ۲٥۸۱

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٤- حقوق الامتياز (Franchise)

إنّ بيعَ الاسم التّجاريّ والعلامة التّجاريّة قد تطوّر فى عهدنا بما يُسمّى بيع حقوق الامتياز[1]، وأصبحت له صورٌ متعدّدة منشعبة. وحاصلُ هذا الحقَ أنّ مالكاً لحقٍّ من حقوق الاسترباح يبيع ذلك الحقّ إلى آخر إمّا مطلقاً، أو لمدّةٍ معلومة، أو فى مكان معلوم.

فمن صُوَره الشّائعة أنّ مُنتَجاً من منتَجات البائع أصبح معروفاً بين النّاس بصفاته، و باسمٍ معلوم وعلامةٍ معلومة. فيُريد مشترى حقّ الامتياز أن ينتفع بسُمعة المنتَج، فيوفّرُ له البائع التّقنيةَ وتدريبَ العاملين، ومضمونَ نشرات التّسويق، وتصميمَ محلاّت البيع، والإشراف الدّوريّ على طُرق الإنتاج، بالإضافة إلى حقّ استعمال الاسم التّجاريّ والعلامة التّجاريّة. كلٌّ ذلك لقاءَ عوضٍ ماليٍّ قد يكون مقطوعاً، وقد تُضاف إليه نسبةٌ شائعة من الموارد الّتى يكسِبُها مشترى حقّ الامتياز ببيع هذا المنتَج. فمثلا: أصبحت المنتجاتُ الغذائيّة لمكدانلد معروفةً فى العالم كلّه بصفاتها المخصوصة، ولكنّ شركة مكدانلد لاتشتغل فى جميع البلاد بنفسها. وإنّما تتعاقد فى باكستان مثلاً بجهةٍ تشترى منها حقّ الامتياز. وبحكم هذا العقد يحقّ لمشترى الامتياز أن يستخدم نفسَ التّقنية الّتى تستخدمها شركة مكدانلد فى أمريكا، ونفسَ الاسم والعلامات، و نفسَ الطّراز، ونفس النّشرات التّسويقية، ونفس التّصميم للمحلاّت. وتُوفّر شركة مكدانلد لهذا

---

(١) إنّ اصطلاح "حق الامتياز" اصطلاحٌ يشمل الحقوق التى يتميز بها صاحب الحقّ فى نشاطات مختلفة أتيحت له من قبل الحكومة أو جهات أخرى. ولكنّ المقصود هنا الامتيازالتجاريّ الّذى تمنحه جهة تجاريّة لاستعمال اسمها وعلامتها وتقنيتها فى تجارة مخصوصة. وقد يُسمّى هذاالحقّ "حقّ الإعفاء" أيضاً.

www.besturdubooks.wordpress.com

الغرض جميعَ المعلومات اللاّزمة للمشترى، وتقوم بتدريب عامليه، والإشراف الدّائم على طريق الإنتاج. والمشترى يقوم بالإنتاج على نفقة نفسه، ولكنّه يستفيد بخِبرة البائع وسمُعته، بحيث يقتنع المشترون بأنّ مايشترونه فى باكستان هو مماثلٌ مائةً فى مائة لما يشترونه فى أمريكا، وبهذا تكثُر فيه رغبةُ المشترين الّذين يُعجبهم هذا المنتج. وحيثُ جاز بيعُ الاسم التّجارىَ والعلامة التّجاريّة كماأسلفنا، فإنّ بيعَ حقّ الامتياز أولى بالجواز، فإنّه ليس مجرّدَ حقّ، وإنّما يصحَبه بعضُ الأعيان، وكثيرٌ من الخدمات، مثل التّدريب على تقنيةٍ مخصوصة، والإشرافِ الدّائم على عمل صاحب الامتياز، بما يجعله موافقاً للمواصفات الّتى حازت سُمعةً فيما بين المستهلكين، ويُبعده عن احتمال الغشّ والتّدليس.

فإن نُقِل هذا الحقّ إلى من اشتراه بصفة دائمة، فإنّه بيع، وإن نُقِل إليه لمدّة معلومة، فإنّه إجارةٌ يجب أن تُراعى فيه أحكامُ الإجارة. وبما أنّ هذا النّوع من حقّ الامتياز يُمنح اليوم عادةً لمدّةٍ معلومةٍ فى مكان معلوم، وليس بصفةٍ دائمة، فمحلُّ الأحكام المتعلّقة بها كتابُ الإجارة.

١١٥ـ التّرخيص التجارىّ

وماقلنا فى حكم الاسم التّجارىَ، والعلامة التّجاريّة، من جواز الاعتياض عنهما يصدُق على التّرخيص التّجارىَ. وحقيقةُ هذا التّرخيص أنّ معظمَ الحكومات اليوم لاتسمح بإيراد البضاعات من الخارج، أو إصدارها إليه، إلاّ برخصةٍ تمنحها الحكومة. والّذى يظهر أنّ هذا نوعٌ من الحَجْر على التّجار ولا تستحسنه الشّريعة الإسلاميّة إلاّ لحاجةٍ مُلحّة، ولكنّ الواقعَ فى معظم البلاد هكذا. وإنّ حاملَ هذه

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّخصة ربّما يبيعها إلى آخر ليتمكّن المشترى من استيراد البضائع من الخارج، أو يُصدرها إليه بدلاً من البائع.

والواقع فى هذه الرّخصة أنّها ليست عيناً مادّيّة، ولكنّها عبارةٌ عن حقّ بيع البضاعة فى الخارج أو شراءها منه، فيتأتّى فيه ماذكرنا فى الاسم التجاريّ من أنّ هذا الحقّ ثابتٌ أصالةً، فيجوزُ النّزول عنه بمال. وبماأنّ الحصولَ على هذه الرّخصة من الحكومة يتطلّب كلاًّ من الجُهد والوقت والمال، وإنّ لهذه الرّخصة صفةً قانونيّةً تمثّلها الشّهاداتُ المكتوبة ويستحقّ بها التّجّارُ تسهيلاتٍ تُوفّرها الحكومة لحامليها، فصارت هذه الرّخصةُ فى عرف التّجّار ذاتَ قيمةٍ كبيرةٍ يُسلك بها مسلكَ الأموال، فلايبعد أن تلتحق بالأعيان فى جواز بيعها وشراءها. ولكنّ كلّ ذلك إنّما يتأتّى إذاكان القانونُ يسمح بنقل هذه الرّخصة إلى رجل آخر. أمّا إذاكانت الرّخصة باسم رجل مخصوص، أو شركة مخصوصة، ولايسمح القانون بنقلها إلى رجل آخر أو شركةٍ أخرى، فلا شبهةَ فى عدم جواز بيعها، لأنّ بيعَه حينئذٍ يؤدّى إلى الكذب والخديعة، فإنّ المشتريَ يستعملها باسم البائع، لا باسم نفسه، فلا يحلّ ذلك لما فيه من الكذب، إلاّ بأن يوكّل حاملَ الرّخصة بالبيع والشّراء. وحينئذٍ لايكون ذلك بيعاً للرّخصة، وإن كان يجوزُ لحامل الرّخصة أن يطالبَ الموكّلَ بأجرة الوكالة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١١٦- حقّ الابتكار وحق الطّباعة والنشر

إنّ حقّ الابتكار حقٌّ يحصُل بحكم العُرف والقانون لمن ابتكر مخترَعاً جديداً، أو شكلاً جديداً لشيء. والمراد من حقّ الابتكار أنّ المبتكرَ ينفرد بحقّ إنتاج ما ابتكرَه،

www.besturdubooks.wordpress.com

وبعرضِه للتّجارة، ثمّ ربّما يبيع هذا الحقّ إلى غيره، فيتصرّف فيه تصرّفَ المبتكِر الأوّل من إنتاجه للتّجارة. وكذلك من صنّف كتاباً، أوألّفه، فله الحقّ لطباعة ذلك الكتاب ونشره، والحصول على أرباح التّجارة. وربّما يبيع هذا الحقّ إلى غيره، فيستحقّ بذلك ماكان يستحقّه المؤلّف من طبعه ونشره. فالسّؤال: هل يجوز بيعُ حقّ الابتكار، أوحقّ الطّبع والنشر؟ وقد اختلفت فى هذه المسالة آراءُ الفقهاء المعاصرين. فمنهم من جوّز ذلك ومنهم من منع.

والمسألة الأساسيّة فى هذا الصّدد: هل حقُّ الابتكار أوحقّ الطّباعة والنّشرحقٌّ معترَف به شرعاً؟ والجواب: أنّ من سبق إلى ابتكار شيء جديد، سواء أكان مادّيّاً أم معنويّا، فلاشكّ أنّه أحقُّ من غيره بإنتاجه لانتفاعه بنفسه وإخراجه إلى السّوق من أجل اكتساب الأرباح. وذلك لما روى أبوداود عن أسمر بن مضرّس رضي الله عنه قال: "أتيتُ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم فبايعتُه، فقال: من سَبق إلى مالم يسْبِقه مُسلمٌ، فهو له."[١]

وإن كان العلاّمة المناوىّ رحمه الله تعالى رجّح أنّ هذا الحديث واردٌ فى سياق إحياء الموات، ولكنّه نقل عن بعض العلماء أنّه يشمل كلّ عينٍ، وبئر، ومعدن، ومن سبق لشيء منها فهى له.[٢] ولاشكّ أنّ العبرةَ لعموم اللّفظ، لا لخصوص السبب.

ولماّ ثبت أنّ حقّ الابتكار حقٌّ تُقِرّه الشّريعة الإسلاميّة بفضل أسبقيّته إلى ابتكار ذلك الشّيء، فينطبق عليه ما ذكرناه فى حقّ الأسبقيّة، وقد ذكرنا هناك أنّ بعضَ الشافعيّة

---

(١) أبوداود، كتاب الخراج قبيل إحياء الموات، وسكت عليه هووالمنذرى.

(٢) فيض القدير ٦: ١٤٨

www.besturdubooks.wordpress.com

والحنابلة أجازوا بيع هذا الحقّ، لكنّ المختارَ عندهم عدم جواز البيع. نعم! يجوز عندهم النّزول عنه بمال. ونقلنا أنّ البهوتيّ رحمه الله تعالى أجاز في شرح منتهى الارادات النّزولَ عن حقّ التّحجير، وحقّ الجلوس في المسجد، وما إلى ذلك من حقوق الأسبقيّة والاختصاص. ومقتضى ذلك أن يجوز النّزول عن حقّ الابتكار أو حقّ الطباعة لرجلٍ آخر بعوضٍ يأخذه النّازل.

ولكنّ هذا إنّما يتأتّى في أصل حقّ الابتكار وحقّ الطّباعة. أمّا إذا قُرن هذا الحقّ بالتّسجيل الحكوميّ الّذي يبذل المبتكرُ من أجله جُهده وماله ووقته، والّذي يعطي هذا الحقّ صفةً قانونيّة تمثّلها شهاداتٌ مكتوبةٌ بيد المبتكِر، وفي دفاتر الحكومة، فصارت تُعتبر في عُرف التّجّار مالاً متقوّما، فلا يبعُد أن يصيرَ هذا الحقّ المسجّلُ ملحقاً بالأعيان والأموال بحكم هذاالعرف السّائد، وقد أسلفنا أنّ للعُرف مجالاً في إدراج بعض الأشياء في حكم الأموال والأعيان، ولأنّ الماليّةَ، كما حكينا عن ابن عابدين رحمه الله تعالى، تثبت بتموّل النّاس. وإنّ هذا الحقّ بعد التّسجيل يُحرَز إحرازَ الأعيان، ويُدّخر لوقت الحاجة ادّخارَ الأموال. وليس في اعتبار هذا العرف مخالفةٌ لأيّ نصٍّ شرعيّ من الكتاب أوالسّنة. وغايته أن يكون مخالفاً للقياس، والقياسُ يُترك للعُرف، كما تقرّر في موضعه.

ونظراً إلى هذه النّواحي أفتى جمعٌ من العلماء المعاصرين بجواز بيع هذا الحقّ. أذكر منهم من علماء القارة الهنديّة: مولانا الشّيخ فتح محمد اللّكنوي رحمه الله[1] تلميذالإمام عبد الحيّ اللكنويّ رحمه الله تعالى، والعلاّمة الشّيخ نظام الدين، مفتي

(١) عطر الهداية ص ١٩٢_١٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

دارالعلوم بديوبند،[١] وفضيلة الشّيخ المفتى عبدالرحيم اللاجبورى رحمه الله تعالى.[٢]

وأمّا المانعون، فتمسّكوا أوّلاً بأنّ حقّ الابتكار حقٌّ، وليس عيناً، ولايجوز الاعتياضُ عن الحقوق المجرّدة، ولكن يتّضح ممّا سبق من كلام الفقهاء أنّ عدم جواز الاعتياض عن الحقوق ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيلٌ بسطناه عند الكلام على شتىّ أنواع الحقوق.

وتمسّكوا ثانياً بأنّ من باع كتاباً إلى آخر، فقد مَلكَ المشترى ذلك الكتابَ بجميع أجزاءه، ويجوز للمشترى أن يتصرّف فيه كيف شاء، فيجوز له أن يقوم بطباعته، وليس للبائع أن يحجُره من ذلك. ولكن يمكنُ الجواب عنه بأنّ التّصرّف فى المبيع شيء، وإنتاجَ مثله شيء آخر، وإنّ الّذى يملكه المشترى بشراء الكتاب هو الأوّل، فيجوز له أن يتصرّف فى الكتاب بما شاء من قراءة، وانتفاع، وبيع، وإعارة، وهبة، وماإلى ذلك من التّصرّفات الأخرى. وأمّا طباعة مثل هذا الكتاب، فليس من منافع المبيع، حتىّ يستلزمَ ملكُه ملكاً لحقّ الطّباعة. وهذا مثلُ الفلوس المسكوكة من قِبل الحكومة إذا اشتراها رجل، فله أن يتصرّف فيها بماشاء من بيع، أوهبة، واستبدال، وما إلى ذلك من التّصرّفات الفرديّة، ولكن لايجوز له بحكم هذا الشّراء أن يسُكّ فلوساً أخرى على منوالها. فظهر بهذا أنّ مِلك الشّيء لايستلزم حقَّ المالك فى إنتاج مثله.

وتمسّكوا ثالثاً بأنّ الّذى يُنتِج هذا الشّيء المبتكَر، أو يطبع ذلك الكتاب المؤلّف، فإنّه

---

(١) نظام الفتاوى١٢٨_١٣٣

(٢) فتاوى رحيميه٣: ٢٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

لايُسبّب خسارةً للمنتِج أوالمؤلّف. وغاية مافى الباب أنّه يُقلّل من ربح المنتَج أو المؤلّف. وقلّة الربح ليست خسارة. ويمكن الجواب عن هذا بأنَ قلّةَ الربح وإن لم يكن خسارة، ولكنه ضرر، وبين الضّرر والخسارة فرق واضح. ولا شكّ أنّ من تحمّل المتاعب والمشاقّ الجسميّة والفكريّة، وبذل الأموال الجمّة والأوقات الغالية فى إيجاد شيء أوتأليف كتاب، وتنازل عن الرّاحة، فإنّه أحقّ بالاسترباح بما ابتكره من الرّجل الّذى اشتراه بمال بسيط فى لحظة واحدة، ثمّ جعل يبخَس السُّوق على المبتكِر الأوّل.

وربّما يُقال: إنّ الاعترافَ بحقّ الطّباعة لفردٍ واحد يُسبّب كتماناً للعلم. ولكنّ كتمانَ العلم إنّما يكون إذا منع المؤلفُ النّاس من الاستفادة بما ألّفه قراءةً وتعليماً وتبليغاً. أمّا الّذى يحتفظ بحقّ الطّباعة، فإنّه لايمنع أحداً من قراءة الكتاب، ولا من دراسته ولا من تعليمه، ولا من تبليغِ مافيه، حتىّ أنّه لايمنع من بيعه والتّجارة فيه، ولكنّه يمنعُ من أن يطبعه الآخر بغير إذنٍ منه، ليكسب بذلك الأرباح، فليس ذلك من كتمان العلم فى شيء.

والدّليل الأخير للمانعين أنّ الاحتفاظ بحقوق الطباعة يضيّق دائرةَ انتشار الكتاب، ولو كان لكلّ أحدٍ حقٌّ فى طبع الكتاب ونشره، لكان انتشارُه أوسع، وإفادتُه أعمَ وأشمل. وهذا أمرٌ واقعٌ لامجال لإنكاره، ولكنّ الدّليلَ ينقلب إذا نظرنا من ناحيةٍ أخرى. وهى أنّ المبتكرين لو مُنِعوا حقّ أسبقيّتهم بالاسترباح ممّا ابتكروه، لفشِلت هممُهم عن اقتحام المشاريع الكبيرة من أجل الاختراعات الجديدة، حينما يرون أنّ ذلك لايُدِرّ إلاّ ربحاً بسيطاً. وإنّ مثلَ هذه الأمور الّتى تحتمل وجهين لاتفصِل القضايا الفقهيّة مادام الشّيء ليس فيه محظورٌ شرعىّ،

www.besturdubooks.wordpress.com

فإنّ جميع المباحات فيها مايضرّ وينفع.

١١٧ – تنبيه

وبالجملة، فالرّاجح عندنا، والله سبحانه أعلم، أنّ حقّ الابتكار والتّأليف حقٌّ معتبر شرعاً، فلايجوز لأحد أن يتصرّف في هذا الحقّ بدون إذنٍ من المبتكر أوالمؤلّف. وينطبق ذلك على حقوق برامج الكمبيوتر أيضا. ولكنّ التعديَ على هذا الحقّ إنّما يُتصوَر إذا أنتج أحدٌ مثلَ ذلك المنتَج أوالكتاب أوالبرنامج بشكلٍ واسع للتّجارة فيه، أوبقصد الاسترباح. أمّا إذا صوّره لاستعماله الشّخصيّ، أو ليهبه إلى بعض أصدقاءه بدون عوض، فإنّ ذلك ليس من التعدّي على حقّ الابتكار. فما توغّل فيه نَشَرَةُ الكتب ومُنتجو برامج الكمبيوتر من منع النّاس من تصوير الكتاب، أو قُرص الكمبيوتر، أو جزء منه لاستفادةٍ شخصيّة، وليس للتّجارة، فإنّه لامبرّرله أصلا. وهذا ما ينطبق عليه أنّ مالك الكتاب أوالقُرص يملك ماشاء فيه من التّصرّفات للاستفادة الشّخصيّة، وليس للمنتِج أن يمنعه منها. وإنّما الممنوع أن يُنتِج مثلها بقصد الاسترباح والتّجارة فيه بدون إذن منه. والله سبحانه وتعالى أعلم.[١]

---

(١) ومن الجدير بالذكر هنا أن والدي العلامة المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى كان يفتي بعدم جواز بيع حقوق النشر وله في ذلك رسالة وجيزة مطبوعة في كتابه "جواهر الفقه" ولكنه بعد هذاالتأليف كان يريد أن يدرس هذه المسألة من جديد ببحث وتحقيق مستفيض بما ينقح مسألة الحقوق والاعتياض عنها، وكان منفتحا لكل رأي جديد يسنح له بعد هذا البحث ولكنه لم يجد لذلك فرصة، ففوض إلي هذاالأمر مرتين، وشرعت في جمع مادته، ولكنه لم يتح لي إكماله في حياته رحمه الله تعالى، وإنما وفقت لإكمال هذاالبحث بعد انتقاله إلى رحمة الله بزمان، فبحثي هذاامتثال لأمره رحمه الله تعالى. وإن كان يبدو في الظاهر أن الرأي الذي انتهيت إليه مخالف لرأيه المطبوع، ولكن بماأنه كان يريد إعادة النظر في الموضوع فلاسبيل اليوم إلى الجزم بأن ماكتبته مخالف لرأيه أو يوافقه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١١٨- بيع الاختيارات (Options)

ومن البيوع الشّائعة فى البورصات العالمّية بيعُ الاختيارات. وهو عبارةٌ عن التزامِ أحد الطّرفين ببيع شيءٍ أوشراءه بسعرٍ متّفَق عليه خلالَ مدّة معلومة. مثل أن يحتاج رجلٌ إلى شراء حنطة فى المستقبل، ولكنه يخشى أن يزداد سعرُه فى السّوق عند الشّراء. فيأتى آخرُ، ويقول له: إنّى ملتزمٌ ببيع الكمّية المطلوبة من الحنطة بسعرٍ محدّدٍ اليوم، ولك الخيارُ فى شراءها منىّ خلالَ مدّة نتّفق عنيها، ويتقاضى أجرةً مقابلَ هذا الالتزام، ويُسمّى ثمن الاختيار.

وعلى عكس ذلك، ربّما يُريد البائع أن يبيعَ شيئاً فى المستقبل، ولكنّه يخشى أن ينتقص سعرُه عند البيع، فيأتى آخر فيقول: إنىّ ملتزمٌ بالشّراء فى ذلك التّاريخ بسعرٍ نحدّدُه اليوم، ولك الخيارُ فى أن تبيعَه منىَ خلالَ مدّة نتّفق عليها. ويتقاضى الملتزمُ أجرةً مقابلَ هذا الالتزام. ومثلُ هذه الاختيارات شائعةٌ اليومَ فى بيع أسهم الشّركات، والعُملات، والسّلع الدّوليّة. وإنّ هذه البيوع باطلةٌ فى الشّريعة الإسلاميّة، لأنّ البائعَ فيها لاينقل إلى المشترى مالاً، ولا حقًّا ماليًّا، فهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل. ولا يُمكن تخريجه على العربون، لأنّ ما يُدفع من ثمن الاختيارات إنّما يكون قبل البيع، والعربون إنّما هو مشروع عند الحنابلة فى عقد البيع، ولأنّ ثمن الاختيارات لايُحسب من ثمن المبيع إن وقع الشّراء بعده. وقد ذكر الفقهاء أنّ الانتظار بالبيع لاتجوز المعاوضة عنه. وأقرب ما ذكره الفقهاء فى مثل هذا العقد ما قاله ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فأمّا إن دفع إليه قبل البيع درهماً، وقال: لاتبع هذه السّلعة لغيرى، وإن لم

www.besturdubooks.wordpress.com

أشترها منك، فهذا الدّرهم لك، ثمّ اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ، وحسب الدّرهم من الثّمن، صحّ، لأنّ البيع خلا عن الشّرط المفسد...وإن لم يشتر السّلعة في هذه الصّورة، لم يستحقّ البائع الدّرهم، لأنّه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرّجوع فيه، ولايصحّ جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله، لأنّه لوكان عوضاً عن ذلك، لما جاز جعله من الثّمن في حال الشّراء، ولأنّ الانتظاربالبيع لاتجوز المعاوضة عنه."[١]

والواقعُ أنّ هذه التّعاملات داخلةٌ في المضاربات الّتي هي أشبهُ بالمقامرة منها بالبيع والتّجارة. وذلك أنّ بائعَ الاختيار لايملك عادةً ما يلتزم ببيعه، وإنّما يدخل في هذا الالتزام على أساس التّوقعات الّتي يخمّنها للمستقبل، وكذلك المشتري.

ولايُقاسُ هذا على الحقوق الّتي التحقت بالأعيان في جواز بيعِها على أساس العُرف، والّتي سبق أن ذكرنا جوازَ مبادلتها بالمال، لأنّها حقوقٌ مشروعةٌ يملكُها البائعُ قبل البيع، فينقُلها إلى المشتري بثمن، بخلاف الاختيارات، فإنّ هذا الالتزامَ ليس حقًّا يقبل الانتقال إلى المشتري، وإنمّا هو وعدٌ محضٌ من قِبل الملتزِم، ولايجوز أخذُ العوض على مثل هذا الوعد. وبذلك صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلاميّ في دورته السّابعة المنعقدة بجدّة. ونصّ القرار مايلي:

"إنّ المقصود بعقود الاختيارات الاعتياضُ عن الالتزام ببيع شيء محدّد موصوف، أوشراءه بسعرٍ محدّد خلالَ فترة زمنيَة معيّنة، أو في وقت معيّن، إمّا مباشرةً، أو من خلال هيئةٍ ضامنةٍ لحقوق الطّرفين. إنّ عقود الاختيارات،

---

(١) المغني لابن قدامة، مبحث العربون ٤: ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

كما تجرى اليوم فى الأسواق الماليّة العالميّة هى عقودٌ مستحدثةٌ لا تنضوى تحت أىّ عقدٍ من العقود الشرعيّة المسمّاة. وبما أنّ المعقودَ عليه ليس مالاً، ولا منفعةً، ولا حقّاً ماليّاً يجوز الاعتياضُ عنه، فإنّه عقدٌ غير جائز شرعاً. وبما أنّ هذه العقود لاتجوز ابتداءً، فلا يجوز تداولها.[١]

أمّا إذاكان هذا الالتزامُ بدون عوض، فينطبق عليه أحكامُ الوعد، وقد فصّلنا الكلامَ فيه بعنوان مستقلٍّ عند البحث عن صيغة العقد، والله سبحانه أعلم.

١١٩-الشّرط الثّانى: كون المبيع متقوما

والشّرط الثّانى لجواز البيع أن يكون المبيعُ متقوّماً. وهوشرطٌ لانعقاد البيع، فما ليس متقوّماً بحكم العُرف أوبحكم الشّرع لاينعقد بيعُه.

١٢٠- ماليس متقوّما عرفاً

أمّا ماهو غير متقوّم فى العرف، فكلُّ مالا يُنتفع به، وقد ذكرفيه الفقهاء جميعَ حشرات الأرض، كالحيّة، والعقرب، والفأرة، والنّمل، والدّيدان، والحيوانات التى لايُنتفع بها، مثل الأسد، والذّئب، والحدأة والنّعامة[٢]. ولكن صرّح الفقهاء أنّ علّة منع بيعها عدمُ الانتفاع بها. فإن وقع الانتفاعُ بها بصورةٍ من الصّور المباحة جاز بيعُها. ولذلك جوّزوا بيع الدّيدان لتكون طُعمةً للصّيد.[٣] حتّى أفتى بعضُ العلماء بجواز

(١) قرار ٧:١:٦٥ مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد السابع ١:٧١١

(٢) المجموع شرح المهذب ١٠: ٣٦٨، ونهاية المحتاج ٣: ٣٨٣ والمغنى لابن قدامة ٤: ٣٠٢

(٣) كشاف القناع ٣: ١٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بيع الدّيدان الّتى تعامل النّاس بالتّجارة فيها لكونها جميلةَ المنظر، ولم يُعرف له استعمالٌ آخر.[١] وكذلك يجوز بيعُ الحيّات لاستخدامها فى الأدوية، وبيعُ الفيل وكلِّ حيوانٍ يُنتفع بجلده أو عظمه، كما ذكره الحصكفىّ فى الدّرّ المختار، ثم قال:"والحاصل أنّ جواز البيع يدور مع حلّ الانتفاع" وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"ونقل السّائحانىّ عن الهنديّة: ويجوز بيعُ سائر الحيوانات سوى الخنزير، وهو المختار. وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب المتفرّقات."[٢]

فتبيّن أنّ التقوّم العرفىّ يحصل بالانتفاع، فكلّ ما انتُفع به فهو متقوّم عرفاً. ولكن يشترط لجواز بيعه أن يكون الانتفاعُ به مباحاً شرعا. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وجملة ذلك أنّ كلَّ مملوكٍ أبيح الانتفاع به، يجوز بيعُه إلاّ ما استثناه الشّرع."[٣]

١٢١- ماليس متقوّماً شرعاً

فكلُّ مالا يباحُ الانتفاع به ليس متقوّماً شرعاً، ولايجوز بيعُه، وهوما كان استعمالُه متمحّضاً فى محظور.

---

(١) راجع إمداد الأحكام للشيخ ظفر أحمد التهانويّ رحمه الله تعالى، المتفرقات من كتاب البيوع ٣: ٣٧٥و٣٧٦

(٢) ردالمحتار، باب البيع الفاسد ١٥: ٦٠٤ فقره ٢٣٤١٣

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٠٢ ومثله فى مواهب الجليل للحطّاب ٤: ٢٦٣ والمجموع شرح المهذّب، ٩: ٢٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

١٢٢- بيع الخمر والمسكرات الأخرى

فلا يجوز بيعُ الخمر، لأنّه وإن كان مالاً، فإنّه مالٌ غير متقوّم شرعاً. فإذا باع مسلمٌ خمراً، فالبيع باطلٌ بالاتفاق. أمّا إذاجُعل الخمر ثمناً، فهو باطلٌ كذلك عند الأئمّة الثّلاثة الّذين لايُفرّقون بين الباطل والفاسد فى البيع. أمّا عند جمهور الحنفيّة، فالبيع فاسد، لا باطل، فيما إذا كان الخمر ثمناً، ويجب على المشترى قيمةُ الخمر المتعارفة بين غير المسلمين. والفرق، كما ذكره ابن عابدين عن التّلويح، أنّ الثّمنَ غير مقصود، بل هو وسيلةٌ إلى المقصود، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، ولهذا اشتُرط وجودُ المبيع دون الثّمن، فبهذا الاعتبار صار الثّمن من جملة الشّروط، فيفسُد البيع لكون أحد البدلين غير متقوّم.[١] وكذلك إذا بيعت مقايضةً، فإنّ البيعَ فاسد أيضاً على أنّ الخمر تُعتبر ثمناً لامبيعاً. قال ابن نُجيم رحمه الله تعالى: "والعكسُ وإن كان ممكناً، لكن ترجّح هذا الاعتبار لمافيه من الاحتياط للقُرب من تصحيح تصرّف العقلاء المكلّفين بطريق الإعزاز للعَرض، فاعتبرنا ذكرها لإعزاز الثّوب لا للخمر، فوجبت قيمةُ العَرض لاالخمر."[٢] وهذا مذهب الحنفيّة المشهور، ولكن مال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى إلى أنّ البيع باطل، سواء أكانت الخمر مبيعاً أم ثمناً، وسيأتى إن شاء الله تعالى فى مبحث البيع الفاسد.

وماذكرنا فى حُرمة بيع الخمر ينطبق على جميع الأشربة المسكرة المحرّمة عند جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، وهو مذهب محمّد وأبى يوسف

---

(١) ردالمحتار، أوائل كتاب البيوع، ١٠: ١٤ فقره ٢٢١٦٩ ومنحة الخالق ٥: ٤٣٠

(٢) البحرالرائق ٦: ١١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

من الحنفيّة. أمّا الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى، فيقصُر حرمةَ البيع على النيء من ماء العنب فقط، لأنّها الخمرُ حقيقةً. أمّا غيرُها من الأشربة، فينعقد بيعُها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويُكره. وكذلك الحكمُ عند الصّاحبين فى غير المصنوع من العنب والتّمر. والفتوى فى مذهب الحنفيّة على قول أبى حنيفة فى البيع، كما ذكره ابن عابدين، وحكى الكراهة عن الغاية.[1] والظّاهر أنّ هذه الكراهةَ إنّما تثبُت إذا لم يُقصَدْ به غرضٌ مشروع. فإن قُصد به غرضٌ مشروع، مثل الضّماد للتّداوى، أو لأغراضٍ صناعيّةٍ أخرى غير الأكل والشّرب،كاستعماله اليومَ فى صناعة الحِبر أو العطور، فالظّاهر أنّه لايُقال بكراهته التّحريمية، ولوكان الاجتنابُ منه أولى، ولاسيّما إذا وُجدت موادُّ أخرى تؤدّى ذلك الغرض.

١٢٣- الأدوية والأغذية المشتملة على الكحول

الكحول المسكرة صارت تُستعمل اليوم فى معظم الأدوية، وفى كثيرٍ من المأكولات لغرض الحفظ لكونه من الحافظات (preservatives) ولأغراض كيمياويّة أخرى، ولا يُستغنى عنها فى كثيرٍ من الصّناعات الحديثة، وقد عمّت بها البلوى. وينبغى أن نعرف حُكمه الشّرعيّ لاستعمالاتها المختلفة. وهى ترجع إلى ثلاثة استعمالات: الأوّل للتّداوى، والثّانى: للاستعمال الخارجيّ مثل استخدامها فى الحِبر أو العُطور أو الأصباغ. والثّالث: استعمالها فى المأكولات، مثلِ الشوكلاتة والايس كريم والبسكويت وغيرها.

---

(١) ردالمحتار، كتاب الأشربة٦: ٤٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا استعمالُها للتّداوى، فإنّ فتوى المتأخّرين من الحنفيّة على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أنّ التّداويَ بالمحرّم يجوز إن عُرف أنّ فيه شفاء، ولم يُعرَفْ دواءٌ آخر. وهذا الحكمُ عندهم يعُمّ جميعَ المحرّمات حتّى الخمر.[1]

أمّا الشّافعيّة، فجوّزوا التّداويَ بالمحرّمات غيرِ المسكرة إذا تعيّن الشّفاءُ فيها. فأمّا التّداوى بالمسكر، فلا يجوز عندهم.[2] نعم! لوكانت الخمرُ مستهلَكةً فى دواءٍ آخر، فحكمُها حكم المحرّمات الأخرى، حيثُ يجوز استعمالها إن لم يكن هناك دواءٌ آخر. قال الرّمليّ رحمه الله تعالى:

"والأصحّ تحريمُها (أى الخمر) صِرْفاً لدواء...أمّا مستهلَكةً مع دواءٍ آخر، فيجوز التّداوى بها كصَرْف بقيّة النّجاسات، إن عُرف، أو أخبره طبيبٌ عدلٌ بنفعها وتعيينِها بأن لايُغنى عنها طاهر."[3]

والمالكيّة والحنابلة متّفقون على عدم جواز التّداوى بالمحرّمات،[4] والخمرُ وغيرُ الخمر فى ذلك سواء. ولكن هناك قولٌ عند المالكيّة مثلُ قول الشّافعيّة فى أنّ الخمر إن كانت مستهلَكةً مع دواءٍ آخر جاز استعمالُها إن تعيَّن للعلاج. قال الحطّاب رحمه الله تعالى:

"أمّا أكلُه والتّداوى به فى باطنِ الجسد، فالاتّفاق على تحريمه...وحكى

---

(١) وبسطت مذهب الحنفيّة فى هذا الموضوع فى تكملة فتح الملهم، كتاب الحدود ٢: ١٧٩ و ١٨٠

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ٥٠ و ٥١

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٨: ١٤

(٤) راجع المغنى لابن قدامة، كتاب الأطعمة ١١: ٨٣ ولم يذكروا استثناء ما استُهلكت فيه الخمر، كما ذكره الشافعية وبعض المالكية.

www.besturdubooks.wordpress.com

الزناتيَ فيما إذا استُهلِكت الخمرُ في دواءٍ بالطَبخ أو التّركيب حتّى يذهبَ عينُها ويموتَ ريحها، وقضت التّجربةُ بإنجاح ذلك الدّواء قولين بالجواز والمنع. قال: وإن لم تقْضِ التّجربةُ بإنجاحه، لم يجُزْ باتّفاق. انتهى. والظّاهر المنعُ مطلقاً."[١]

والحاصلُ أنّ الرّاجح فى مذهب المالكيّة والحنابلة أنّ التّداويَ بالخمر لايجوز على الإطلاق. ويجوز عند الشّافعيّة وبعض المالكيّة إن كانت الخمرُ مستهلَكةً مع دواءٍ آخرحلال، وتعيّن للعلاج. ويجوز فى الرّاجح من مذهب الحنفيّة مطلقاً (ولو لم يكن مُستهلَكاً) إن لم يكن هناك دواءٌ آخر لذلك المرض.

أمّا استعمالُ الكحول الخارجيَ لغير التّداوى فى مثل العطور والحِبر والأصباغ، فيتوقّف حكمُه على كونه نجساً أو طاهراً. وقدثبت من مذهب الحنفيّة المختار أنّ غير الأشربة الأربعة (المصنوعة من التّمر أو من العنب) ليست نجسة. وبما أنّ الكُحولَ المستخدَمة للاستعمال ليست داخلةً فى الأشربة الأربعة، فإنّها ليست نجسةً فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. ولذلك يجوز على قولهما استعمالُ العطورِ والحِبر والأصباغ ونحوِها الّتى تُوجد فيها الكُحول.

وكذلك يجوز على قول من يقول إنّ الخمرَ ومافى معناها من الأشربة محرّمةٌ، ولكنّها ليست نجسة. وأنّ المراد بالرّجس فى الآية الكريمة النّجاسةُ الحكميّة، لاالحسّيّة، وهذا القول منسوبٌ إلى ربيعة بن أبى عبدالرحمن شيخ مالك، والمزنيّ من الشّافعيّة، واللّيث بن سعد، وبعضِ المتأخرين من البغداديّين والقرويّين من

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ١: ١١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

المالكيّة.[١] وذكر النّوويّ رحمه الله تعالى أنّه قول داود الظّاهريّ. وانتصر النّوويّ لدليله، ولكن قال في الأخير: "وأقربُ ما يُقال ما ذكره الغزّاليّ أنّه يُحكَم بنجاستها تغليظاً وزجراً عنها قياساً على الكلب وما ولغ فيه."[٢] وقد اختار قولَ الطّهارة جمعٌ من المؤلّفين المتأخّرين والمعاصرين، مثل النّواب صديق حسن خان والشّيخ طاهر بن عاشور، والشّيخ رشيد رضا، والشّيخ صالح العثيمين رحمهم الله تعالى.[٣]

و كذلك يُحكَم على طهارة المركّبات من الكحول على قول ابن تيميّة رحمه الله تعالى، فإنّه لايُفرّق بين الماء والمائعات الأخرى في أنّها إن كانت قدرَ قُلّتين لاتتنجّس بوقوع النّجاسة فيها إن لم تتغيّر أوصافُها. قال رحمه الله تعالى: "والقولُ بأنّ المائعات لاتنجُس كما لاينجُس الماء هو القول الرّاجح، بل هي أولى بعدم التّنجيس من الماء."[٤] وبما أنّ هذه المركّباتِ تُصنَع عادةً بالكمّيّات الكبيرة، فالظّاهر أنّها لاتتنجّس على قول ابن تيميّة رحمه الله تعالى بوقوع الكحول فيها، وإن كانت نجسةً على قوله.[٥]

أمّا على قول المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، فالقولُ بطهارة العطور المشتملة على الكحول مشكلٌ جداً، لأنّ جميع أنواع الخمر نجسةٌ عندهم، ولو دخل شيءٌ منها في مائعٍ غير الماء، فإنّه يُنجّسه، ولو كان المائعُ الّذي دخلت فيه الخمرُ كثيراً، ولو لم

---

(١) هذه الأقوال مذكورةٌ في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، المجلد ٣، ٦: ٢٦٩ سورة المائدة: ٩٠

(٢) المجموع شرح المهذّب، كتاب الحيض ٢: ٥٦٤

(٣) الروضة الندية لصديق حسن خان ١: ٢٠ والتحرير والتنوير لابن عاشور ٧: ٢٥ وتفسير المنار ٧: ٤٨ سورة المائدة: ٩٠ والشرح الممتع على زاد المستقنع للعثيمين ١٥: ١٩٥

(٤) مجموع فتاوى ابن تيميّة ٢١: ٥١٤ وراجع أيضاً ٢١: ٥٠٨

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤: ٢١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

تتغيّر أوصافها.[١] هذا على القول المختار فى هذه المذاهب، ولكن هناك أقوالٌ مرجوحةٌ فى كلّ واحد من هذه المذاهبِ الثّلاثة أنّ جميعَ المائعات فى حكم الماء، ذكرها العلاّمة ابن تيميّة رحمه الله تعالى.[٢] ورُدّ عليها فى كتب المذهب التى أحلنا عليها فى الهامش.

والحاصلُ ممّا ذكرنا أنّ المركّباتِ الّتى تشتمل على الكحول لا يستقيم القولُ بطهارتها إلاّ على قول الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى من الأئمّة الأربعة، أو على قول شيخ الإسلام ابن تيميّة رحمه الله تعالى، أو على مانُسب إلى ربيعة وغيره، والله تعالى أعلم بصحّة هذه النّسبة.

فما زعم بعضُ المعاصرين من أنّ الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى يقول بطهارة الخمر بالاستهلاك فى شيئ طاهر، ليس بصحيح. وإنّما قال بجواز التّداوى به إن لم يوجد دواءٌ آخر، كما أسلفنا نصوصَ الشّافعيّة فى ذلك. والظّاهرُ من نصوصهم أنّه يُحْكَمُ بجواز التّداوى عندهم مع بقاءها على النّجاسة، لأنّ الجوازَ مشروطٌ فى كلامهم بأن يكون الدّواءُ متعيّناً لذلك المرض، ولو كان قد طهُر باللاستهلاك، لماَ شُرط فيه أن لا يكون هناك دواءٌ آخر. فالظّاهر أنّ هذا الحكمَ مقتصرٌ عندهم على الأدوية، ولايتعدّى

---

(١) قال النوويّ رحمه الله تعالى: "أمّا غير الماء من المائعات وغيرها من الرطبات، فينجس بملاقاة النّجاسة وإن بلغت قلالاً. وهذا لاخلاف فيه بين أصحابنا." (المجموع شرح المهذّب، كتاب الطّهارة ١: ١٢٥) وقال خليل رحمه الله تعالى: "وينجس كثير طعام مائع بنجس قلّ" وقال الحطّاب: "لاخصوصيةَ للطّعام بماذكر...بل هو حكم سائر المائعات." (مواهب الجليل للحطّاب ١: ١٠٨ و ١١٠) وذكرابن قدامة رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال أولها: "أنه ينجس بالنجاسة وإن كثر." وقال فى الأخير: "والأوّل أولى."

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١: ٤٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

غيرَها من العطور ونحوذلك، لأنّ الأصلَ عندهم أنّ ما تنجّس بملاقاة النّجاسة إن كان جامداً كالثّوب جاز بيعُه، وإن كان مائعاً لايُمكن تطهيرُه، كالخلّ والدّبس، لم يجُز بيعه.[١] فأمّا الطّهارة بالاستهلاك، فإنّما تتأتّى عندهم فيما إذا لاقى النّجسُ ماءً كثيراً مقدّراً عند الشّافعيّة بالقلّتين. أمّا غيرُ الماء من المائعات، فقد اتّفقت أقوال الشّافعيّة على أنّه ينجُس بملاقاة النّجاسة، وإن بلغت قلالاً. فعلى هذا، إن أُدخلت الكحول فى غير الماء من المائعات،لم تطهُر بالاستهلاك.

ولكن يُمكن القول بالجواز على مذهب الشّافعيّة إن كانت الكحولُ الدّاخلة فى المائعات قليلةً جداً بحيثُ تصير كالمعدوم، فإنّهم ذكروا أنّ النّجاسة إن كانت ممّا لايُدركها الطّرَف، أى لاتُشاهَد بالعين لقلّتها، بحيثُ لوكانت مخالفةً للون ثوبٍ ونحوه، ووقعت عليه لم تُر لقلّتها، او كالبول يترشّش إليه ونحو ذلك، فهناك قولٌ بأنّه لاينجُس، وإن لم يكن مادخل فيه ماءً. وهو الّذى صحّحه الماورديّ رحمه الله تعالى، وإن كان بعضُ الشّافعيّة خالفوه فى التّصحيح.[٢]

وإنّ مذهبَ الحنابلة مثلُ مذهب الشّافعيّة فى أنّ غيرَ الماء من المائعات إذا وقعت فيه نجاسةٌ، فإنّه ينجُس وإن كان فوقَ القُلّتين. بل الظّاهرُ أنّ قولهم أشدُّ فى أنّهم لم يستثنَوا من النّجاسة ما لايُدركه الطّرْف، كما استثنى الشّافعيّة. بل قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "ولافرقَ بين يَسير النّجاسة وكثيرها، وسواءٌ كان اليَسيرُ ممّا يُدركه الطّرْف أو لايُدركه من جميع النّجاسات...لأنّ دليل التّنجيس لايُفرّق بين يَسير

(١) المجموع شرح المهذّب، كتاب البيوع ٩: ٢٣٥ والبجيرميّ على الخطيب، كتاب البيوع ٣: ٥

(٢) راجع المجموع شرح المهذّب، كتاب الطّهارة ١: ١٢٦ و١٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

النّجاسة وكثيرها، ولابينَ ما يُدركه الطَّرْف وما لايُدركه، فالتّفريق تحكّمٌ بغير دليل."(١)

١٢٤- المأكولات الّتي تشتمل على الكحول

أمّا المأكولات أو المشروباتُ الّتي تشتمل على الكُحول، فإنّ حكمَها على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنّها لا تحرُم إن لم تبلُغْ حدَّ الإسكار. وقد أفتى المتأخّرون من الحنفيّة بقول الإمام محمّد رحمه الله تعالى على مذهب الجمهور أنّ ما أسكر كثيرُه، فقليلُه حرام. ولكنّ هذه الفتوى محلُّها التّناول مباشرةً. أمّا إذا خُلِطت الكحولُ بمادّة أخرى، فإن استحالَت فيها الكحول، يحلّ تناولُها، ولكن يجب أن تكون الاستحالةُ بانقلاب ماهية الكحول. وإنّ مجرّد تغيّر الأوصاف ليس في معنى الاستحالة، كما نبّه عليه ابن عابدين رحمه الله تعالى، وقال:

"إنّ الدبس ليس فيه انقلابُ حقيقة، لأنّه عصيرٌ جمد بالطّبخ، وكذا السّمسم إذا دُرِسَ واختلط دُهنه بأجزاءه، ففيه تغيّرُ وصف فقط، كلبنٍ صارجُبُناً، وبُرٍّ صار طحيناً، وطحينٍ صار خبزاً، بخلاف نحو خمرٍ صارخلاً، وحمارٍ وقع في مملحة، فصار مِلحاً...فإنّ ذلك كلّه انقلابُ حقيقةٍ إلى حقيقةٍ أخرى، لامجرّدُ انقلاب وصف."(٢)

فلو لم يتحقّق انقلاب ماهية الكحول، بل حصل تغيّر الأوصاف فقط، فإنّه لايحلّ على قول الحنفيّة. ولم أجد من جوّزه إلاّ شيخُ الإسلام ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى،

---

(١) المغني لابن قدامة، كتاب الطّهارة ١: ٣٠ و ٣١

(٢) ردّالمحتار، باب الأنجاس ٢: ٣٤٩ فقره ٢٨٥٣

www.besturdubooks.wordpress.com

حيثُ جعل زوال الأوصاف فى حكم الاستحالة، فقال:

"إنّ الله حرّم الخبائثَ الّتى هي الدّمُ والميتةُ ولحمُ الخنزير ونحوُ ذلك، فإذا وقعت هذه فى الماء أو غيره واستُهلكت، لم يبْقَ هناك دمٌ ولاميتةٌ ولا لحمُ خنزيرٍ أصلاً، كما أنّ الخمر إذا استُهلكت فى المائع، لم يكن الشّاربُ لها شارباً للخمر."[١]

وأمّا المسكرات الجامدة، مثلُ الأفيون والبنج والحشيشة، فإنّها ليست نجسة، واستعمالُها المباح ممكن فى مثل التّداوى، ولأغراضٍ صناعيّة أخرى،[٢] فيجوز بيعُها شرعاً، كما صرّح به الحصكفيّ فى الدّرّالمختار.[٣] وقال الحطّاب من المالكيّة:

"كذلك يقال فى هذه الأشياء المغيّبة للعقل: يجوز بيعُ ذلك لمن لايستعمل منه القدرَ المغيّب للعقل، ويؤمَن أن يبيعَه ممّن يستعمل ذلك."[٤]

وظاهر كلامه أنّه إذا علم البائع أنّ المشتريَ يستعملها لغرضٍ غير مشروع، فلايجوز له البيع. و هذا القيدُ لم يذكره الحنفيّة، و ينطبق عليه الخلاف والتفصيل الّذى ذكرناه

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١: ٥٠١ و٥٠٢

(٢) راجع المجموع شرح المهذب ٩: ٣٠ والحاوى للماوردي ١٩: ٢٠٨ وجامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٣٩٧ و٣٩٨

(٣) الدرالمختار، مع ردالمحتار، كتاب الأشربة٦: ٤٥٤

(٤) مواهب الجليل للحطاب، كتاب الطهارة، ١: ٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

فی بیع العصیر لمن يتّخذه خمراً فی بيان شروط العاقد، ولكنّ مقصودنا هنا أنّ استعماله المباح ممكنٌ عندهم، فيجوز بيعُه فی ذلك الغرض المباح.

١٢٥- بيع الخنزير وأجزاءه

وكذلك الخنزير لايجوز بيعُه لكونه ليس بمالٍ متقوّم شرعاً. وكذلك بيع أجزاء الخنزير لايجوز عند الجمهور. وهناك قولٌ لابن القاسم من المالكيّة بجواز بيع شَعر الخنزير،[١] كما يجوز بيعُ صُوف الميتة. ولعلّ هذا القول مبنيٌّ على أنّ نجاسة الخنزير وحرمةَ الانتفاع به مقتصرةٌ على لحمه،[٢] أو على أنّ الخنزيرَ ليس نجسَ العين، وإن كان محرّماً، وأنّ المرادَ بالرّجس فی الآية الكريمة كونُه قبيحاً مستقذَراً، ونَسبَ بعض العلماء هذا القول إلى الإمام مالك رحمه الله تعالى،[٣] وإن لم أجده بهذا التّعبير فی كتب المالكيّة. وإن كان، فإنّه قولٌ شاذّ.

ولكن أجاز جمعٌ كبيرٌ من الفقهاء الانتفاعَ بشَعْره لضرورة خرْز الخِفاف،[٤] وقالوا: "حتىّ لو لم يوجد بلاثمن، جاز الشّراء للضّرورة، وكُره البيعُ فلايطيب ثمنه."[٥] وظاهرُ التّعليل المذكور يقتضى أن لايجوز الانتفاعُ به ولاشراؤُه فی زماننا، إذ وُجدت اليومَ موادُّ كثيرةٌ

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب، كتاب البيوع ٤: ٢٦٢

(٢) و يبدو من عبارة الشّوكانيّ أنّه اختار ذلك (راجع فتح القدير للشوكانيّ، سورة الأنعام ٢: ١٩٦)

(٣) راجع تيسير البيان لأحكام القرآن لابن نورالدّين اليمنيّ الشّافعيّ (المتوفى ٨٢٥ هـ) سورة الأنعام ٣: ٢٤٨ والتحرير والتنوير لابن عاشور، سورة المائدة ٦: ٩٠

(٤) المغنی لابن قدامة ١: ٦٧

(٥) الدرالمختار مع حاشيته ١٤: ٦١٤ و ٦١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

تصلُح للخرْز، فوقع الاستغناءُ عن شَعرالخنزير، والأصل حرمتُه ونجاسته، فيرجعُ الحكمُ اليومَ إلى أصله، وبه صرّح ابنُ نُجيم فى البحرالرائق، و الحصكفىّ فى الدّرالمختار.[1] وقد شاع اليومَ استعمالُ شعور الخنزير فى الفُرْشات التى يُنظَّف بها الأسنان، أو تُصبغ بها الجُدران، فلايجوز بيعها وشراؤُها لنجاسة شُعورالخنزير، ويمكن الاستغناءُ عنها بالفُرشات المتّخذة من الموادّالأخرى. والله سبحانه أعلم.

أمّا جلدُ الخنزير، فيحرُم الانتفاع به عند الجمهور لكونه نجسَ العين، إلاّ فى روايةٍ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى، حيث ذهب إلى طهارة جلد الخنزير بالدّباغ، كما ذكرالسّرخسيّ عنه.[2] وأمّا المذهب المعتمَد عند الحنفيّة، فأنّه لايطهُر بالدّباغ.

١٢٦- بيع الخمر أو الخنزير فيما بين غيرالمسلمين

ثمّ الأحكامُ الّتى ذكرناها فى بيع الخمر والخنزير تنطبق على ما إذاكان المتبايعان مسلمَين، أوكان أحدُهما مسلماً. أمّا إذاكانا غيرَ مسلمين لايعتقدان حرمتهما، فبيعُهما فيما بينهم منعقد. قال النّسفىّ فى الكنز: "والذّمّيّ كالمسلم فى بيع غيرالخمر والخنزير." وعلّله ابن نجيم رحمه الله تعالى، على قولِ أنّهم غيرُ مخاطَبين بالفروع، بأنّهما حلالٌ فى حقّهم، وعلى قولِ أنّهم مخاطبون، بأنَ الحرمة ولوكانت ثابتةً فى حقّهم أيضاً، لكنّهم لايُمْنعون من بيعهما، لأنّنا أُمرنا بتركهم وما يدينون.[3]

---

(١) البحرالرائق، باب البيع الفاسد ٦: ١٣٣ والدرالمختار، باب البيع الفاسد ١٤: ٦١٧

(٢) المبسوط للسّرخسيّ، باب الحدث فى الصلوة ١: ٢٠٢

(٣) البحرالرائق، باب المتفرقات من كتاب البيع، ٦: ٢٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

١٢٧- بيع الميتة وأجزاءها

وكذلك الميتة ليست بمالٍ متقوّم شرعاً، فلا يجوز بيعُها، ولا بيعُ أيِّ جزءٍ تحلّه الحياةُ منها، فلا يجوز بيعُ جلدها قبل الدّبغ، ويجوز بيعُه بعد الدّبغ، لأنّه يطهُر بالدّباغ، فيحلّ الانتفاع به في غير الأكل بالاتّفاق، وبأكله أيضاً عند بعض الفقهاء الشّافعيّة والحنفيّة،[١] إلاّ جلدَ الآدميّ لكونه مكرّماً.

أمّا أجزاءُ الميتة التى لاتحلّه الحياة، فطاهرةٌ يُنتفَع بها، فهى متقوّمة لامانعَ من بيعها وشراءها، فيجوز بيعُ عَصَبها، وصوفها، وعَظْمها، وشعرها، وريشها، ومنقارها، وظِلفها، وحافرها عند أبى حنيفة ومالك، وهو المذهب عند أحمد، وقال الشّافعيّ رحمهم الله تعالى جميعا: كلُّ ذلك نجسٌ لايحلّ الانتفاع به لعموم النّصوص فى حرمة الميتة، وهو روايةٌ عن أحمد.[٢]

واستدلّ الجمهور بما رُوي عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه كان له مُشطٌ من عاج،[٣] وهو عَظْم الفيل، وبماروى الدّارقطنيّ عن ابن عبّاس رضى الله تعالى عنهما قال: "إنّما حرّم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من الميتة لحمَها، وأمّا الجِلد والشَّعر والصُّوف، فلابأس به."[٤]

وبسطت الكلام، فى شرح صحيح مسلم،[٥] على الأحاديث الّتى استدلّ بها الجمهور.

---

(١) راجع المجموع شرح المهذّب، كتاب الطهارة ١: ٢٢٩ والبحر الرائق ١: ١٨٥ و١٨٦

(٢) راجع كتاب الطهارة من المغنى لابن قدامة ١: ٦٦

(٣) السنن الكبرى للبيهقى ١: ٢٦

(٤) سنن الدّارقطنيّ، باب الدّباغ، ١: ٦٩ برقم ١١٨

(٥) تكملة فتح الملهم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر والميتة ١: ٣٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصل أنّها متكلّمٌ فيها، ولكن يعضُد بعضُها بعضاً. وقال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: " ولأنّه لاتفتقر طهارةٌ منفصلةٌ إلى ذكاة أصله، فلم ينجُس بموته، كأجزاء السّمك والجراد، ولأنّه لايحُلّه الموت، فلم ينجُس بموت الحيوان، كبَيضه. والدّليل على أنّه لاحياةَ فيه أنّه لايُحِسّ ولايألم، وهما دليلا الحياة، ولو انفصل في الحيوة كان طاهراً، ولوكانت فيه حياةٌ، لنجُس بفصله لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم: "ما أُبين من حيٍّ فهوميّت."[١] رواه أبوداود بمعناه."[٢]

والحيوان الذى ذُبح أو قُتل بغير ذكاةٍ شرعيّة فى حكم الميتة شرعاً، فلايجوز بيعُ المنخنقة، أو الموقوذة فيما بين المسلمين. وكذلك ماذبحه غير أهل الكتاب، ومتروكُ التّسمية عمداً.[٣] وهذا على مذهب الجمهور. وأمّا الشّافعيّ رحمه الله تعالى، فقد أجاز متروكَ التّسمية عمْداً فيما هوالمشهور من مذهبه، فيجوز بيعُه عنده. وقد ادّعى بعض الفقهاء أنّ قولَه هذا مخالف للإجماع، فلايعتبر، حتىّ قال ابن عابدين: "لو باع متروكَ التّسمية عمْداً مسلمٌ يقول بحلّه كشافعيّ، نحكُم ببطلان بيعه، لأنّه ملتزمٌ لأحكامنا، ومعتقدٌ لبطلان ماخالف النّصّ، فنُلزمه ببطلان البيع بالنّصّ، بخلاف أهل الذّمّة، لأنّا أُمرنا بتركهم وما يدينون، فيكونُ بيعُه فيما بينهم صحيحاً أو فاسدا، لاباطلاً كمامرّ."[٤]

---

(١) غريب بهذا اللفظ، والذى رواه أبوداود (كتاب الصيد، رقم ٢٨٥٨) عن أبى واقد: " ما قطع من البهيمة وهيَ حيّة فهي ميتة."

(٢) المغنى لابن قدامة،كتاب الطهارة،١: ٦٦

(٣) المحيط البرهانى،كتاب البيوع "الفصل السادس،٩: ٣٣٢

(٤) ردالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٤٩ فقره ٢٣٢٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وهذا مبنىٌّ على نفْي كون المسألة مجتهداً فيها. ولكنَ المحقَقين على أنّ المسألة اجتهاديّة، وأنّ قول الشّافعيّ رحمه الله تعالى ليس مخالفاً للإجماع. فقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "والمسألة مختلفةٌ بين الصّحابة رضى الله تعالى عنهم."[١] وقال بعدذلك:

"ونحن لا نُطلق اسمَ المحرَّم على متروك التسمية، إذالمحرّم المطلق ماثبتت حرمتُه بدليل مقطوع به، ولم يوجد ذلك فى محلّ الاجتهاد إذاكان الاختلاف بين أهل الديانة، وإنما نسمّيه مكروهاً أو محرّماً فى حقّ الاعتقاد قطعاً لاعلى طريق التعيين، بل على الإبهام أنّ ماأراداالله عزّوجلّ من هذا النّهي فهوحقّ، لكنّا نمتنع عن أكله احتياطاً، وهو تفسيرالحرمة فى حقّ العمل."[٢]

وحكى القرطبيّ فى تفسيره أنَ جماعةً من الصّحابة والتابعين قالوا بمثل قول الشّافعيّ، وذكر أنّه روايةٌ عن مالك أيضا،[٣] كماذكر ابن قدامة أنه روايةٌ عن أحمد.[٤]وقال الآلوسي رحمه الله تعالى:" والحقّ عندى أنّ المسألة اجتهاديّة، وثبوتُ الإجماع غيرمسلَّم، ولوكان، ماكان خرقه الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى."[٥] وقال شيخنا العلاّمة العثمانيّ رحمه الله تعالى: "والمسألةُ من المسائل الّتى للاجتهاد

---

(١) بدائع الصنائع،كتاب الذبائح،٤: ١٦٦

(٢) أيضا ٤: ١٦٧

(٣) تفسيرالقرطبى، سورة الأنعام المجلد ٤، ٧: ٦٧

(٤) المغنى لابن قدامة ١١: ٣٣

(٥) روح المعانى٨: ٣٦٣

www.besturdubooks.wordpress.com

فيها مجال كسائر الاجتهاديّات، وليس من القطعيّات الّتى لامجالَ فيها للاجتهاد، حتى يُجعل كلامُه فيها من الأباطيل، والقولُ بأنّه مخالفٌ للإجماع ليس ممّا ينبغى، لأنّ الشافعيّ أعرفُ بالإجماع وأهله، فلا يُظَنُّ به أنه خرقَ الإجماع."[1]

فثبت أنّه إذا كان المتبايعان ممّن يعتقد مذهب الشّافعيّ فى حلّ متروك التّسمية، فلايُحكم ببطلان بيعهما لمتروك التّسمية. نعم! لايجوز ذلك لمن يعتقد مذهب الجمهور، وإن باعه إلى من يعتقد جوازه، والله سبحانه أعلم.

وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى أنّ ذبيحة المجنون والصّبيّ الّذى لايعقل فى معنى الميتة، وكذا ماذُبح من صيد الحرم، مُحْرِماً كان الذّابحُ أو حلالاً، وما ذبحه المحرِم من الصّيد، سواء فيه صيد الحرم وصيد الحلّ، لأنّ ذلك ميتة.[2]

١٢٨ - حكم الهُلام (جيلاتين)

ومن المناسب هنا ذكرُ حكم الهُلام أو الجيلاتين (Gelatine) وهي مادةٌ سائلة تُستعمل فى الأدوية وبعض الأغذية، وتُتخذ من جلود الحيوانات وعظامها. فإن كانت تلك الحيواناتُ مأكولة اللّحم شرعاً، فلا إشكالَ فيها. ولكن إن اتّخذ الهُلام من البقر بدون ذكاةٍ شرعيّة، كما هو الحالُ فى المركّبات الدّوائيّة والغذائيّة التى تُستورَد من بلادِ غير المسلمين، فإن كان الجيلاتين أُخذ من عِظامها، فإنّه طاهرٌ عند الحنفيّة، لأنّ العِظام ممّا

(١) إعلاء السنن، كتاب الذبائح ١٧: ٦٢

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٣١ و ٣٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

لاتحُلّه الحيوة، وما لاتحلُّه الحيوة من أجزاء الميتة طاهر.[١] ولذلك جاز بيعُه وشراؤُه على مذهب الحنفيّة.

أمّا الجيلاتين المتّخذ من جلود الأنعام غير المذبوحة، فقد ذهب بعضُ المعاصرين إلى أنّه حلال، لأنّ قِطعات الجلود تمرّ بعمل كيمياويّ تنقلب به ماهيتها، فتحِلّ وتطهر بالاستحالة على قول الحنفيّة. وإنّى شاهدتُ هذه العمليّة بنفسى فى بعض المصانع، فلم يتّضح لى أنّ هذه العمليّة تكفى للاستحالة. لاشكّ أنّه تحدُث فيه بعض التّغيّرات الكيمياويّة، ولكن ليست جميعُ التّغيّرات الكيمياويّة تؤدّى إلى انقلاب الماهية أو الاستحالة، بدليل أنّ التّغيّرات الكيمياويّة تحدُث فى طبخ اللّحم أيضاً، ولكن لايُقال إنّ اللّحم تنقلب ماهيتُه بالطّبخ، وإلاّ جاز أكلُ جميع المحرّمات بعد الطّبخ. وذكر لى ذوو الاختصاص فى هذا الفنّ أنّ العمليّة الّتى تجرى على الجلود فى صناعة الجيلاتين، لاتُحدِث فيها استحالة، وإنّما هو عملٌ يقع فيه تنظيف الجلود، وقلبُها إلى مادّة سائلة. ومجرّدُ تسييل الجامدات ليس قلباً لماهيتها، كما هو ظاهر. ولذلك لم تتبيّن لى استحالتُها حتّى الآن.

---

(١) "وكذا كلّ ما لاتحلُّه الحيوة حتى الإنفحة واللبن على الراجح." (الدر المختار مع ردّ المحتار ١: ٦٨٧) ولكنّ الشّافعيّة لايُفرّقون بين ما تحلّه الحيوة وما لاتحلّه، فيحكمون بنجاسة جميع أجزاء الميتة (راجع المجموع شرح المهذّب ١: ٢٣٦) أمّا المالكيّة والحنابلة، فيُفرّقون بينهما، غير أنّهم يقولون إنّ العظم ممّا تحلّه الحيوة فيتنجس بالموت. (راجع المغنى لابن قدامة ١: ٦٠ و ٦١) فلا يُحكم بطهارة الجيلاتين المتخذ من العظام عندهم. حتى ولو ثبتت الاستحالة، لأنّ الاستحالة فى غير الخمر غير مطهرة عندالشافعية والحنابلة، كما فى المغنى ١: ٦٠ والمجموع شرح المهذّب ٢: ٥٧٤ وأمّا المالكيّة، فالظّاهر من كلامهم أنّ الاستحالة مطهّرة، لأنّهم علّلوا طهارة اللبن باستحالته (الدّسوقيّ، كتاب الطّهارة ١: ٥٠)

www.besturdubooks.wordpress.com

ولكنّ ما تبيّن لی بوضوح بعدَ مشاهدة العمليّة ومراجعة ذوی الاختصاص أنّ هذه العمليّةَ يحصل بها ما هو المقصود من دباغة الجلود. قال صاحب الهداية: "ثمّ ما يمنع النّتن والفساد فهو دباغ." وقد ذكر البابرتيّ رحمه الله تعالى فی تعريف الدّباغ عن كتاب الآثار لمحمّد عن أبی حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: "كلّ شيئ يمنع الجلد من الفساد."[١] وإنّ العمليّةَ الّتی تجری على الجلود تُستعمل فيها النُّورة (Lime) والكلائي (Alkalai) لتنظيفِها وتخليتِها من الرّطوبات والجراثيم، ممّا يمنعها من الفساد، كما صرّح به ذوو الاختصاص. وهناك بحثٌ فنّيٌّ لأحد أصحابی الشّيخ سرفراز محمد البرطانويّ حفظه الله تعالى الّذی هو متخصّص فی الفقه مع اختصاصه فی علم الكيمياء، وصل فيه إلى أنّ هذه العمليّة دباغٌ حقيقيّ للجلود، ولكن لاتحدُث بها الاستحالة.

وبما أنّ عظم حيوانٍ غير مذكّیً طاهر، وأنّ جلدَه يطهر بالدباغ، فإنّ الجيلاتين المتّخذ منهما طاهرٌ، ويجوز استعمالُه فی غير الأكل باتّفاق الحنفيّة. أمّا استعماله فی الأكل، فالصّحيح المفتی به عند الحنفيّة أنّه لايجوز، ولكن هناك قولٌ عند الحنفيّة والشّافعيّة فی جواز أكله. ويسوغُ العمل به للتّداوی بالكيبسولات المتّخذة من الجيلاتين، بشرط أن لاتكون متّخذةً من جلد الخنزير أو عظمه. أمّا فی غير التّداوی، فينبغی الاجتنابُ من أكله، ما لم تثبت استحالتها. أمّا البيع والشّراؤ، فيجوز فی غير المتّخذ من الخنزير، لأنّه طاهرٌ حسبما ذكرناه، والانتفاعُ به ممكن بطريقٍ مشروع. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) العناية مع فتح القدير، كتاب الطهارة ١: ٨٣

www.besturdubooks.wordpress.com

۱۲۹- الدّم

قد اتّفق الفقهاء على نجاسة الدّم وعدم جواز بيعه.[1] وقد شاع فى عصرنا التّداوى بنقل دم إنسانٍ إلى إنسانٍ آخر مريض، وقد أفتى العلماء المعاصرون بجواز ذلك إذا لم يوجد دواء آخر، ولكن منعوا من بيعه لكرامة الإنسان.[2] ولكن إذا دعت الضّرورة الطّبية إلى ذلك، ولم يوجد مَن يتبرّع به، هل يجوز الشّراء فى تلك الحالة؟ الظّاهر أنّه يجوز دفعُ الثّمن، ولايجوز للبائع أن يأخذ ثمنه، قياساً على ماذكروه فى شعرالخنزير الذى أجازوه لضرورة خرزالخفاف أنّه: "حتّى لو لم يوجد بلا ثمن جاز الشّراء للضّرورة، وكُره البيع، فلايطيب ثمنه."[3] وبه أفتى والدى العلاّمة المفتى محمد شفيع رحمه الله تعالى فى رسالته الأردية فى مسألة زرع الأعضاء.[4]

وكذلك يُستعمل الدّمُ فى عصرنا لتغذية الدّجاج، وقد شاع استعمالُه فى مزارع الدّواجن. وعمومُ النّصوص فى نجاسة الدّم يقتضى عدم جواز ذلك، ومن ثَمّ عدم جواز بيعه لهذا الغرض.

وقد اختلف الفقهاء فى جواز إطعام الحيوان ما هو نجس. فذهب الحنابلة إلى جواز ذلك. جاء فى كشّاف القناع:

"ويجوز أن تُعلف النّجاسةُ الحيوانَ الّذى لايُذبح قريباً، ولايُحلب

---

(۱) المغنى لابن قدامة ٤: ۳۰۲

(۲) قرار مجمع الفقه الإسلامى رقم ۱د٤-۸-۸۸، مجلة المجمع، العددالرابع ۱: ۵۱۰

(۳) الدرالمختار مع ابن عابدين ١٤: ٦١٤ و٦١٥

(٤) اعضاءانسانی کی پیوند کاری ص۲۷

www.besturdubooks.wordpress.com

قريباً...قال في المبدع: ويحرُم علفُها نجاسةً إن كانت تؤكل قريباً، أو تُحلَب قريباً، وإن تأخّر ذبحُه أو حلبُه، وقيل: بقدر حبسها المعتبر: جاز في الأصحّ كغير المأكول على الأصحّ."[١]

وأطلق الفقهاء الحنفيّة عدم جواز الإطعام. جاء في الفتاوى الهنديّة:

"إذاتنجّس الخبزُ أوالطّعام، لايجوز أن يُطعَم الصّغير، أوالمعتوه، أو الحيوان المأكول اللّحم. وقال أصحابنا: لايجوز الانتفاع بالميتة على أيّ وجه، ولايُطعمها الكلابَ والجوارح. كذافي القنية."[٢]

وأمّا الشّافعيّة والمالكيّة، ففرّقوا بين المتنجّس ونجس العين، حيثُ جوّزوا إطعام المتنجّس للحيوانات، ولم يُجوّزوا إطعام نجِس العين. جاء في مختصر خليل: "وينتفع بمتنجّسٍ، لانجسٍ، في غير مسجد وآدميّ." وقال الحطّاب رحمه الله تعالى تحته:

"مراده بالمتنجّس ما كان طاهراً في الأصل، وأصابته نجاسةٌ، كالثّوب النَّجس والزّيت والسّمن ونحوه تقع فيه فأرةٌ أو نجاسة، وبالنّجس ما كانت عينُه نجسةً، كالبول، والعذرة، والميتة، والدّم. وذكر أنّ الأوّلَ يُنتفع به في غير المسجد والآدميّ، وشمل سائرَ وجوه الانتفاع."

ثمّ قال:

"قال في المدوّنة في العسل النّجس: لابأس بعلفه للنّحل. قال سند: وكذلك

---

(١) كشاف القناع، كتاب الأطعمة، ٦: ١٩٢

(٢) الفتاوى الهندية، كتاب الكراهية،الباب الثاني عشر ٥: ٣٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الطّعام الّذى يُعجن أو يُطبخ بماءٍ نجس، يُطعَم للبهائم والدّواب، وسواءٌ فى ذلك ما يؤكل لحمه، وما لا يؤكل على ظاهر المدوّنة، وكذلك الماءُ النّجس يُسقى للدّوابّ، والزّرع، والنّبات، وسائر الأشجار."[١]

وقال النّوويّ رحمه الله تعالى:

" وإذا عَجن دقيقاً بماءٍ نجس وخَبَزه، فهو نجسٌ يحرُم أكله. ويجوز أن يُطعمه لشاةٍ وبعيرٍ ونحوهما، ونصّ عليه الشافعيّ رحمه الله تعالى، ونقله البيهقي في «السنن الكبير» في باب نجاسة الماء الدّائم عن نصّه، واستدلّ له بحديث صحيح. وفي فتاوى صاحب «الشّامل»: أنّه يُكره إطعام الحيوان المأكول نجاسةً. وهذا لا يخالفُ ما نصّ عليه الشافعيّ في الطّعام؛ لأنّه ليس بنجس العين."[٢]

والحاصل أنّ إطعام ماهو نجسُ العين، مثل الدّم، لا يجوز إلاّ فى قول الحنابلة. ولكن لا يجوز بيعه، ولو لهذا الغرض. جاء فى بيوع كشاف القناع:

"ولا يصحّ بيع دمٍ وخنزير وصنم...ولا يصحّ بيع أدهان متنجسة...ولو بيع لكافر يعلم حاله...ويجوز الاستصباح بها فى غير مسجد على وجهٍ لا تتعدّى نجاسته."[٣]

ولكنّ الغذاءَ الّذى يُعدّ للدّواجن يكون مخلوطاً بأشياء كثيرة، مثل الحنطة، والذُّرة،

---

(١) مواهب الجليل للحطّاب، كتاب الطّهارة ١: ١١٧ و ١١٨

(٢) روضة الطالبين، كتاب الأطعمة ٣: ٢٧٩

(٣) كشاف القناع، كتاب البيوع ٣: ١٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

والأرزّ وغيرها، ونسبةُ الطّاهرات فيها أكثر، فالظّاهر أنّ حكم هذا المركّب حكمُ المتنجّسات، فينبغى أن يجوز إطعامُه للدّواجن على قول المالكيّة والشّافعيّة. ولكن لايجوز عندهم بيعُ المتنجّسات الّتى لايُمكن تطهيرها، كما سيأتى، فالظّاهرُ على هذا أن لايجوز بيع هذا المركّب.

أمّا الحنفيّة، فيجوز عندهم بيعُ المتنجّسات والانتفاعُ بها فى غير الأكل، كما سيأتى. ويشمل الأكلُ إطعامَ الحيوانات، كما مرّ عن الهنديّة والقنية. فينبغى أن لايجوز بيعُه أيضاً على هذا القول. ولكن ذكر بعض الفقهاء الحنفيّة فى الماء المتنجّس وما عُجن به، أنّه إن لم يتغيّر أوصافُ الماء بملاقاة النّجس، جاز الانتفاع به لسَقي الدّوابّ والبهائم، ولم يُفرّقوا فى هذا الحكم بين مأكول اللّحم وغيره.[1] وعلى هذا القول ينبغى أن يجوز بيعُه أيضاً لكونه منتفعاً به. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٣٠ – بيع النّجاسات الأخرى

أمّا النّجاسات الأخرى، مثل عُذرة الإنسان، فإنّ بيعه لايجوز عند الأئمّة الثلاثة مطلقاً، وقد استثنى منه الحنفيّة ما غلب عليه التّراب.[2] وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّه يجوز الانتفاعُ به فى الأرض، فيجوز بيعُه لهذا الغرض، وصحّحه ابنُ نُجيم والزّيلعيّ رحمهما الله تعالى[3]. ولكن ذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى أنّ ظاهرَ المذهب اقتصارُ

---

(١) المحيط البرهانيّ ١: ١١٦ فى نسخة دارالكتب العلمية، بيروت، وبدائع الصنائع ١: ٦٦ نسخة ايج ايم سعيد كراتشى كتاب الطهارة، فصل فى الطهارة الحقيقية

(٢) ردّالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٥٦٢ و٥٦٣ فقره ٢٣٣١٩

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي، كتاب الكراهية ٦: ٢٦ والبحر الرائق، كتاب الكراهية، فصل فى البيع ٨: ٣٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

الجواز على ما إذا كانت العُذرةُ مخلوطةً بالتّراب.[١]

وأمّا الرّجيعُ والرَّوثُ من الأنعام المأكولِ لحمُها، فذهب الشّافعيّة إلى أنّها لايجوز بيعُها، ولو كان لاستعماله فى الزّروع. قال النّووىّ رحمه الله تعالى:

"بيع سرجين البهائم المأكولة وغيرها وذرق الحمام باطل، وثمنه حرام...واحتجّ أصحابنا بحديث ابن عباس السّابق أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: "إنّ الله إذا حرّم على قوم شيئاً، حرّم عليهم ثمنه.""[٢]

ثمّ ذكر النّوويّ عن الماورديّ رحمهما الله تعالى أنّ ما تعامل به النّاس من بيعه للزّروع إنما يفعله الجهلة والأرزال.[٣]

أمّا المالكيّة والحنابلة، فرَوثُ ما يؤكل لحمُه طاهرٌ عندهم، فيجوز بيعُه. أمّا زِبْلُ مالا يؤكل لحمه، مثل البغال والحمير والسّباع، فأصلُ المذهب عدمُ جواز بيعه، ولكن استثنى منه بعض المالكيّة حالات الضّرورة.[٤] ولم أجد هذا الاستثناء عند الحنابلة.[٥]

ومذهبُ الحنفيّة أنّه يجوز بيعُ السّرقين والبعر، لأنّه قابلٌ للانتفاع الحلال، وهو

---

(١) المبسوط للسّرخسي ٢٣:١٣

(٢) أخرجه أبوداود فى باب ثمن الخمر والميتة، بلفظ : "وإنّ الله إذا حرّم على قوم أكل شيئ، حرّم عليهم ثمنه."

(٣) المجموع شرح المهذّب، كتاب البيوع، ٩: ٢٣٠ و ٢٣١

(٤) وهو قول أشهب كما ذكره الدّسوقيّ فى حاشيته على الشرح الكبير، كتاب البيوع ٣: ١٠

(٥) جاء فى كشاف القناع: "(ولا) يصحّ بيع (سرجين) أى زبل، بكسر السين وفتحها، ويُقال: سرقين، (نجس) بخلاف الطّاهر منه، كروث الحمام وبهيمة الأنعام." (كتاب البيوع ٣: ١٤٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

استعماله فى سماد الزّروع. وحلّةُ البيع تدورُ على الانتفاع الحلال. وقد تعامل ببيعه المسلمون فى كلّ زمان من غير نكير.

وأمّا حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما، فقد قال فيه الماردينيّ رحمه الله تعالى:

> قوله: "إذا حرّم أكلَ شيءٍ حرّم ثمنَه" خرج على شُحوم الميتة الّتى حرُم أكلُها والانتفاع بشيءٍ منها، وكذا الخمرُ، أي إذا حَرّم أكلَ شيءٍ ولم يُبِح الانتفاعَ به حَرّم ثمنَه، ولم يَعْنِ ما أبيح الانتفاعُ به بدليل إجماعهم على بيع الهرّ، والفهود، والسّباع المتّخَذة للصّيد والحُمُر الأهليّة. وقال ابنُ حزم: وممَن أجاز بيعَ المائع تقع فيه النجاسةُ والانتفاعَ به: عليٌّ، وابنُ مسعودٍ، وابنُ عمر، وأبو موسى الأشعريُّ، وأبو سعيد الخدريُّ، والقاسمُ، وسالمٌ، وعطاءٌ، واللّيثُ، وأبو حنيفة، وسفيانُ، وإسحقُ وغيرُهم."[١]

وأمّا الأشياء الطّاهرة الّتى تنجَست بملاقاة النّجس، والّتى يُعبّر عنها الفقهاء بالمتنجّس، فمذهبُ الحنفيّة جوازُ بيعه. جاء فى الدّرّ المختار: " ونُجيز بيعَ الدّهن المتنجّس والانتفاع به فى غير الأكل."[٢]

وفرّق المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة في المتنجّسات بين ما يُمكن تطهيرُه ومالا يُمكن تطهيرُه. فجوّزوا بيعَ مايُمكن تطهيره، مثل الثّوب المتنجّس، ومنعوا بيع ما لايُمكن تطهيره، مثل الزّيت المتنجّس.[٣] إلاّ أنّ بعض الشّافعيّة قالوا فى الدّهن

---

(١) الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي، باب تحريم بيع ما يكون نجسا لا يحلّ أكله، ٦:١٣ و ١٤

(٢) الدر المختار مع ردّالمحتار، كتاب البيوع ١٤: ٦١٩

(٣) مواهب الجليل ٤: ٢٦٣ والمجموع شرح المهذّب، كتاب البيوع ٩: ٢٣٥ وكشاف القناع ٣: ١٤٥ و١٤٦

www.besturdubooks.wordpress.com

المتنجّس إنّه يُمكن تطهيرُه بطريق مخصوص، فيجوز بيعُه، وقال بعض المالكيّة إنّه يجوز بيعُه لغير مسلم.[١]

١٣١- بيع أجزاء الآدميّ

وإنّ أجزاء الآدميّ ليست مالاً عند الحنفيّة ، لكون الآدميّ مكرّماً، فلا يصحّ بيعُها لمافيه من الابتذال. ولذلك قال الفقهاء الحنفيّة: لايجوز بيع لبن امرأة فى قدح. وذكر ابنُ الهمام أنّه مذهب مالك وأحمد. وقال الشّافعيّ : يجوز بيعُه، لأنّه مشروب طاهر.[٢]

وما ذكره ابن الهمام من مذهب أحمد هو روايةٌ عنه، والقول الآخر للحنابلة مثلُ قول الشّافعيّ. قال شمس الدين ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"فأمّا بيع لبنُ الآدميّات، فرُويت الكراهةُ فيه عن أحمد، واختلف أصحابُنا فى جوازه، وهو قولُ ابن حامد ومذهب الشّافعيّ. وذهب جماعةٌ من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهبُ أبى حنيفة ومالك، لأنّه مائعٌ خارجٌ من آدميّة، فلم يجُز بيعه. أشبه سائرَ أجزاءه. والأوّل أصحّ، لأنّه طاهرٌ منتفَع به، فجاز بيعُه، كلبن الشّاة."[٣]

---

(١) المجموع ومواهب الجليل بالإحالات السّابقة.

(٢) فتح القدير٦: ٦٠ و ٦١ باب البيع الفاسد وقال النووى: "بيع لبن الآدميّات جائز عندنا، لاكراهة فيه. هذا هو المذهب، وقطع به الأصحاب إلاّ الماورديَ والشّاشيّ والروياني، فحكوا وجها شاذاً عن أبى القاسم الأنماطيّ من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه، وإنما يربّى به الصّغير للحاجة. وهذا الوجه غلط من قائله." (المجموع شرح المهذّب، باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز٩: ٢٥٤)

(٣) الشرح الكبير على المقنع مع المغنى ٤: ١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

١٣٢- بنوك الحليب

وبه عُلم حكم بنوك الحليب الّتى اتُّخذت فى بعض البلاد الغربيّة، حيثُ تُجمع فيه ألبان النّساء، وتُباع لإرضاع الصّبيان. فأمّا عند الحنفيّة والمالكيّة، فبيعه لايجوز. وأمّا على قول الشّافعيّة والحنابلة ، فالبيعُ جائز، ولكنّ اتّخاذ مثل هذه البنوك وإرضاع الصّبيان منها لايجوز على قولهم أيضاً، لأنّه مُثبتٌ للرّضاعة، ولاتُعرف المرأةُ الّتى رضع الصّبيّ لبنها. وقد صدر بمنعه قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ فى دورته الثانية بجدّة، ونصّه:

"أوّلاً: إن بنوك الحليب تجربة قامت بها الأمَم الغربيّة، ثمّ ظهرت مع التّجربة بعضُ السّلبيّات الفنّيّة والعمليّة فيها، فانكمشت، وقلّ الاهتمام بها.

ثانياً: إنّ الإسلام يعتبر الرّضاع لُحمةً كلُحمة النّسب، يحرم به ما يحرم من النّسَب بإجماع المسلمين. ومن مقاصد الشّريعة الكلّيّة المحافظةُ على النّسب. وبنوك الحَليب مؤدّيةٌ إلى الاختلاط أو الرّيبة...قرّرمايلى:

أولاً: منعُ إنشاء بنوك حليب الأمّهات فى العالم الإسلاميّ.

ثانياً: حُرمة الرّضاع منها."[١]

وكذلك بيعُ شُعور الإنسان[٢] أو أعضاءه لقصد زرعها فى جسم إنسانٍ آخر لايجوز. وإنّ العلماء المعاصرين اختلفوا فى جواز الزّرع، ولكنّ بيع الأعضاء ممنوع بالاتّفاق. وجاء فى قرار لمجمع الفقه الإسلاميّ:

---

(١) قرار رقم ٢/٦ الصادر بجدّة من ١٠-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦

(٢) فتح القدير ٦: ٦٠ و ٦١ باب البيع الفاسد والمجموع شرح المهذّب، باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز ٩: ٢٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

"لايجوز أن تخضع عمليّات زرع الأعضاء للأغراض التّجاريّة على الإطلاق."(١)

١٣٣- بيع مالايتمحّض لمحظور

أمّا الأشياء الّتي لاتتمحّض لمحظور، بل يمكن استعمالهًا فى حلالٍ أو حرام، فقد اختلفت أنظار الفقهاء فى حكم بيعها. والّذي تحصّل لى بمراجعة ما ذكره الفقهاء فى هذا الموضوع والتّأمّل فى كلامهم أنّ هذه الأشياء على ثلاثة أقسام:

الأول: ماوُضِع فى حالتها الموجودة لغرضٍ محظور شرعاً، ويحتاج استعمالهًا المباحُ إلى تغييرٍ فى حالتها الموجودة، مثل آلات اللّهو.

والثّاني: ما وُضع لغرضٍ مباح، ويحتاج استعمالهًا فى المحظور إلى تغييرٍ فى حالتها الموجودة، مثل العصير، فإنّ استعماله للإسكار يحتاج إلى اتّخاذه خمراً.

والثّالث: ماوُضع لأغراضٍ عامّةٍ تحتمل الاستعمال المباح و غيرَ المباح فى حالتها الموجودة، وليس وضعُها مختصّاً بنوعٍ من أنواع الاستعمال، بل يتوقّف ذلك على إرادة من يستعمله، مثلُ السّلاح.

ولنبيّن أحكام هذه الأقسام الثّلاثة بشيء من التّفصيل، والله سبحانه هوالموفق.

القسم الأول: ماوضع لمحظور

١٣٤- آلات الملاهى

فالقسم الأول: ماوُضع لغرضٍ محظور، ومادّتُه مباحة، فلايُستعمل فى مباحٍ إلاّ

(١) قراررقم ٥٦ (٦/٧) فى دورة المجمع السادسة فى جدة شعبان ١٤١٠هـ

www.besturdubooks.wordpress.com

بتكلّف، أو إحداث تغييرٍ فيه. وذكر فيه الفقهاءُ آلاتِ الملاهى المحظورة، ويقصدون بها آلات الموسيقىّ الممنوعة فى المذاهب الأربعة. فالمختارُ من مذهب الحنابلة أنّها غير متقوّمة شرعاً، فلايصحّ بيعُها.[١] ومعناه أن بيعها باطلٌ لاينعقد عندهم مثل بيع الخنزير. وهوقولٌ فى مذهب المالكيّة، فإنّ الحطّاب رحمه الله تعالى نقل عن القرافىّ أنّ المُطرِبات المحرّمة داخلةٌ فى مالامنفعة فيه، فلايصحّ بيعُها وتملّكها. وذكر الحطّاب بعد ذلك عن المتيطية أنّ من اشترى من آلة اللّهو شيئاً، البوق وغيرَه، فُسخ البيع وأُدّب أهلُه. والظّاهر منه أنّ البيع ينعقد، ولكن يجب فسخُه.[٢]

أمّا الحنفيّة والشّافعيّة، فبيعُ هذه الآلات صحيحٌ منعقد عندهم، لأنّه يُمكن استعمالُها فى مُباح، ولو بعد تغييرها، ولكن يُكره البيعُ فى حالتها الموجودة. قال الكاسانىّ رحمه الله تعالى:

"ويجوز بيعُ آلات الملاهى من البربط والطّبل والمزمار والدّفّ ونحوذلك عند أبى حنيفة، لكنّه يُكره. وعند أبى يوسف ومحمّد لاينعقد بيع هذه الأشياء، لأنّها آلاتٌ معَدّة للتّلهّى بها موضوعةٌ للفسق والفساد، فلاتكون أموالاً، فلا يجوز بيعُها. ولأبى حنيفة رحمه الله أنّه يُمكن الانتفاعُ بها شرعاً من جهةٍ أخرى بأن تُجعل ظُروفاً لأشياء ونحوذلك من المصالح، فلاتخرج عن كونها أموالاً."[٣]

(١) كشاف القناع٣: ١٤٥

(٢) مواهب الجليل للحطاب، كتاب البيوع، ٤: ٢٦٣ وراجع أيضا تهذيب فروق القرافى للشيخ محمد على٣: ٢٤٠ الفرق الخامس والثمانون والمائة

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

والظّاهر أنّ الكراهةَ الّتى ذكرها الحنفيّة فى بيعها قبل فصلها تحريميّة، لما قال ابن الهمام فى أوّل شرحه لِ"فصلٍ فيما يُكره" من الهداية:

"لمّا كان دون الفاسد، أخّره عنه. وليس المرادُ بكونه دونه فى حكم المنع الشرعى، بل فى عدم فساد العقد، وإلاّ فهذه الكراهاتُ كلُّها تحريميّةٌ لانعلم خلافاً فى الإثم."[١]

ومقتضاه أن لا يطيبَ الثّمن للبائع.

وكذلك نصّ الشّافعيّة على كراهية البيع قبل الفصل. قال الماورديّ رحمه الله تعالى من الشّافعية:

"فأمّا الملاهى، كالطّنبور والعود والدّفّ والمزمار، فإن أمكن الانتفاعُ بها إذا فُصلت جاز بيعُها، وكذلك اللُّعَب، لكن يُكره بيعُ ذلك قبل تفصيله، لبقاء المعصية فيه. فإن بيع على حاله جاز."[٢]

ولكنّ الشّافعيّة ذكروا أنّ الكراهة متى أُطلقت فى كلامهم، فالمراد منها الكراهة التّنزيهيّة.[٣] والله سبحانه أعلم.

---

(١) فتح القدير ٦: ١٠٦

(٢) الحاوى للماوردى ٥: ٣٨٥

(٣) قال البيضاويّ فى المنهاج: "المكروه مايُمدح تاركه، ولايُذمّ فاعله." (المنهاج مع نهاية السؤل للأسنويّ ١: ٧٩) وقال البجيرميّ: "الكراهة متى أطلقت، انصرفت إلى كراهة التّنزيه." (البجيرمى على الخطيب، كتاب الصيام، مسئلة صوم يوم الشّكّ ٢: ٣٣٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

١٣٥- الأصنام والصُّورالمجسّدة واللُّعب

ويدخل فى هذا القسم بيعُ الأصنام والصّور المجسّدة، إلاّ إذا كُسرت، وأمكن الانتفاعُ برَضاضها، فيجوز بيعُها.والأصل فيه حديث جابربن عبدالله رضى الله تعالى عنه أنّه سمع رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكّة:

" إنّ الله ورسولَه حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام."[١]

وقد استثنى منها أبويوسف رحمه الله تعالى اللُّعبَ الّتى تلعب بها البنات. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "ونسبته إلى أبى يوسف لا تدلَ على أنّ الإمام (يعنى الإمام أبا حنيفة) يُخالفه، لاحتمال أن لايكون له فى المسألة قول، فافهم."[٢]

والأصلُ فى هذاالباب ما رُويَ أنّ عائشة رضى الله عنها كانت لها لُعب بناتٍ تلعب بها.[٣] فذهب جماعةٌ من العلماء إلى جواز اللُّعب المصوَّرة للصبّيان، وجواز بيعها وشراءها على أساس هذا الحديث. وبه جزم القاضى عياض وأبويوسف رحمهما الله تعالى. وحمله بعض المالكيّة، مثل ابن بطّال رحمه الله تعالى، على أنّه كان قبل منع الصُّور، فهو منسوخ. وأوّله المنذريّ والحليميّ بأنّها لم تكن مصوَّرة، فيحتمل أن تكون قطعاتٍ من الثّياب قُطِعت بما ظهرفها الأيدى والأرجُل، دون الوجه. وحمله

---

(١) صحيح البخارى، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام،رقم ٢٢٣٦، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة،باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، رقم ٤٠١٩ وهذاللفظ له.

(٢) ردالمحتار ١٥: ٤١٤ فقره ٢٤٨٧٧ وليتبه أن النسخ الأخرى قد سقط فيها لفظ "لا" فى "أن لايكون له فى المسألة قول."

(٣) انظرصحيح البخارى، كتاب الأدب،باب الانبساط إلى الناس،رقم الحديث ٦١٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الخطّابيّ على أنّ الجواز لغير البالغين على أساس أنّهم غير مكلّفين.[١]

ثمّ الظّاهر أنّ مَن أجاز هذه اللُّعب للبنات فإنّما أجاز اللُّعب الصّغيرة الّتي لاتُشابه الأصنام. أمّا اللُّعب الكبيرة الّتي شاعت في عصرنا، فهي مشابهةٌ للأصنام تماماً، وغالب ظنّي أنّه لو رآها المجيزون لحَكَموا بمنعها. والله سبحانه أعلم.

١٣٦- الصّور غيرُ المجسّدة

أمّا الصُّور غيرُ المجسّدة، وهي الّتي تُرسَم على قرطاس أوثوب، فأجازها بعض المالكيّة،[٢] فقياسُ قولهم أن يجوزَ بيعُها عندهم مطلقاً. أمّا الجمهور، فلا فرقَ عندهم بين المجسّدة وغير المجسّدة في عدم الجواز. فبيعُ الصّور غيرِ المجسّدة ممنوعٌ في مذهب الجمهور، ويدلُّ على ذلك أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم حرّم بيع الأصنام، ولفظ "الصّنم" شاملٌ في اللّغة للصُّور الّتي ليس لها جثّة، بخلاف الوثن، فإنّه خاصٌّ بما له جثّة، كما ذكره الحافظ ابن حجر رحمه الله عن بعض أهل اللّغة.[٣]

وإن كان الثّوبُ أو القرطاسُ يُنتفع به بعد مَحْو الصّورة، فحكمُه ما ذكرناه في آلات الملاهي من انعقاد البيع مع الكراهة عند الحنفيّة والشّافعيّة.

ولكنّ هذه الكراهة فيما إذا كان القرطاسُ أو الثّوبُ متمحّضاً للصُّورة . أمّا إذا كان المبيعُ شيئاً آخر من المباحات، وهو مشتملٌ على صُور، فتدخُل في البيع تبعاً، فيجوز

(١) هذاملخص مافي فتح الباري ١٠: ٥٢٧

(٢) التاج الإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل ٤:٤

(٣) فتح الباري ٤: ٤٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com

بيعُها. وهذا مثلُ الجرائد والصّحف والكتب الّتى يُقصد منها مضمونُها المباح، ولكنّها ربّما تشتمل على صور ممنوعة. وكذلك ما عمّت به البلوى من أنّ العُلَب الّتى تُعبأ بها الأشياء المباحة، يشتمل أكثرها على صور، فلا يُمنع من بيعها إذاكان المقصود الأشياء المباحة دون الصُّور.[1]

أمّا آلاتُ التّصوير، مثل الكاميرا والتّلفزيون، فسيأتى حكمُها فى القسم الثّالث إن شاء الله تعالى.

١٣٧ – النردشير والشطرنج

ويدخل فى هذا القسم النّردشير، فبيعُه مكروه تحريماً، وذلك لورود النصّ الصريح الصحيح فى تحريمه. فقد أخرج مسلم فى صحيحه عن بريدة رضى الله عنه أنّ النّبىّ صلّى الله عليه وسلم قال: "من لعِب بالنّردشير فكأنّما صَبَغَ يدَه فى لحم خنزيرٍ ودمِه."[2]

ولكنّ انعقادَ بيعِه محلُّ الخلاف المذكور فى بيع آلاتِ الملاهى، فينعقد البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنّه يُمكنُ الانتفاعُ بمادّته بعد تغييره. ولا ينعقدُ عند أبي يوسف ومحمّد[3] وعند الحنابلة وأكثر المالكية كماأسلفنا.

وأمّا الشّطرنج، فاللَّعِبُ به ممنوعٌ عند أكثر الفقهاء، فيدخُل فى حكم النّردشير عندهم. ومذهبُ الشّافعىّ المعروفُ إباحتُه مع الكراهة. قال الغزاليّ رحمه الله

(١) "التصوير لأحكام التصوير" لوالدى العلامة المفتى محمد شفيع رحمه الله تعالى، ص٧٦

(٢) صحيح مسلم، كتاب الشعر، رقم ٢٢٦٠

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى: "اللّعِبُ بالشّطرنج ليس بحرام، ولكنّه مكروه. وإن قلنا إنّه مباح، أردنا أنّه لاإثمَ فيه،لا لاكراهيةَ فيه، فلا تُردّ به الشّهادة، إلاّ أن يختلط به قمار."[١] وعلى هذا، فيجوز بيعه عندهم، والله سبحانه أعلم.

وأمّا الألعابُ الأخرى المباحة الّتي يُقصد بها رياضةُ الأبدان أوالأذهان، ولاتُلهى الإنسانَ عن واجباته الشّرعية، مثل ألعاب الكُرة، فلامنعَ فيه. وكذلك الألعاب المنزليّةُ الّتى لايكون الانهماك فيها مثل الانهماك فى الشّطرنج والنّردشير، فالظاهر إباحتها، لأنّ اللّهو الممنوع ما ألهى عن ذكرالله.[٢] والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٣٨ - القسم الثانى، ماوضع لمباح

أمّا القسم الثّانى، فهو ما وُضع لغرض مباح، ويحتاج استعمالُه فى المحظور إلى تغييرٍ فى حالته الموجودة، مثلُ العصير، فإنّ استعماله للإسكار يحتاج إلى اتّخاذه خمراً. فبيعُه ممّن يستعمله فى مباحٍ أو ممّن لايُعلم منه أنّه يستعمله فى محظور جائز عند الجميع بدون كراهة. أمّا إذا عُلم أنّه يستعمله فى محظور، فهو محلُّ خلافٍ بين الفقهاء. وقد أشبعنا الكلام فى ذلك فى شرائط العاقد بعنوان: " إن كان أحد العاقدين يقصد بالعقد ارتكاب معصية ".

١٣٩ - القسم الثالث ماوضع لأغراض عامة

والقسم الثّالث: ما وُضع لأغراضٍ عامّة، ويمكن استعمالُه فى حالتها الموجودة فى

---

(١) الوسيط للغزالى، كتاب الشهادات ٧: ٣٤٨

(٢) وراجع ماكتبناه فى تكملة فتح الملهم، كتاب الشعر، طبع دارالقلم ٤: ٢٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مباحٍ أو غيره. ففرّق المالكيّةُ بين مامُعْظَم منافعه حرام، وبين ما مُعظم منافعه حلال، فقال المأزريّ رحمه الله تعالى: "فإن كان جُلّ المنافع والمقصودُ منها محرّماً، والمحلَّلُ منها تبعاً، فواضحٌ إلحاقُه بالقسم الأوّل (أى ماكان جميعُ منافعه محرّمة) ويمكنُ تمثيل ذلك بالزّيت النّجس، فإنّ جُلَّ منافعه كالأكل، والادّهان، وعملِه صابوناً، والإيقادِ فى كلّ موضعٍ[1] ممنوعٌ منه على المشهور، وإنّما فيه إيقادُه فى غير المساجد، وانتفاعُ غير الآدميّ منه، وذلك فى حكم التّبع، فامتنع بيعُه."[2]

أمّا الشّافعية والحنابلة، فجوازُ البيع وعدمُه يدور عندهم على طهارة المبيع ونجاسته، فماكان طاهراً، أو أمكن تطهيرُه من هذا القسم الثّالث، جاز بيعُه، بشرط أن لايعلم البائعُ أنّ المشتريَ يستعمله فى حرام، وماكان نجساً لايمكن تطهيره، لم يجُز بيعُه، كالمائع الّذى تنجّس بما لايمكن تطهيرُه، فلا يجوز بيعُه، وإن جاز الانتفاعُ به فى بعض الحالات كالاستصباح فى غير المسجد.[3] وقد أسلفنا مذهبهم فى ما قصد المشترى بالشّراء استعمالَه فى معصية، وعلم البائع ذلك. وراجع لذلك شروط العاقد.

والظّاهرُ من مذهب الحنفيّة أنّهم يُجيزون بيعَ هذا القسم، وإن كان معظمُ منافعه محرّماً، ولذلك أجازوا بيع الدُّهن المتنجّس. قال الحصكفى فى الدرالمختار:"

---

(١) كذا فى نسختين مطبوعتين، والمراد من كلّ موضعٍ موضعٌ لا يجوز استعمال الزيت النجس فيه للإيقاد، مثل المساجد.

(٢) مواهب الجليل للحطاب، كتاب البيوع، ٤: ٢٦٤

(٣) راجع المجموع شرح المهذب، ١٠: ٣٦٢ وكشاف القناع ٣: ١٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

ونُجيز بيعَ الدّهن المتنجّس والانتفاع به فى غير الأكل بخلاف الودك."[١] وإنّما حرّموا بيعَ ودك الميتة لأنّه جزءٌ من الميتة، فدخل فى القسم الأوّل، ولحديث جابر بن عبدالله رضى الله عنهما:

" إنّ الله حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام .قيل: يارسول الله! أرأيت شحومَ الميتة، فإنّه يُطلى بها السُّفن، ويُدّهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ قال: لا، هوحرام."[٢]

ولكنّ جوازالبيع فى هذه الأشياء بمعنى صحّة العقد. أمّا الإثم، فيتأتّى فيه ماذكرناه فى شروط العاقد من أنّه إذاكان يقصد به معصية، بائعاً أو مشترياً، فالبيعُ يُكره تحريماً، وذلك إمّا بنيّة فى القلب، أو بالتّصريح فى العقد أنّ البيع يُقصَد به محظور. أمّا إذا خلا العقد من الأمرين، ولا يعلم البائعُ بيقين أنّ المشتريَ يستعمله فى محظور، فلا إثمَ فى بيعه. وإن علم البائعُ أنّه يستعمله فى محظور، وكان سبباً قريباً داعياً إلى المعصية، فيُكره له البيع تحريماً، وإن كان سبباً بعيداً لايُكره، مثل بيع الحديد من أهل الحرب أو أهل البغى.

وتبيّن بذلك حكمُ بيع المذياع (الراديو) والمسجّل والحاكى، فإنّ جميعَ هذه الأشياء وُضعت لأغراضٍ عامّة تحتمل الاستعمال فى مباح وغيره. فبيعُها صحيح منعقد، ولا كراهةَ فيه إن لم يعلم البائعُ أنّ المشتريَ يقصد منها معصية، وذلك باتّفاق العلماء. وأمّا إذا علم البائعُ بيقين أنّ المشتريَ يقصد بها معصيةً لاغير، فإنّ بيعَه يُكره تحريماً

---

(١) الدرالمختار مع حاشية ابن عابدين،باب البيع الفاسد، ١٤: ٦١٩

(٢) صحيح البخارى، كتاب البيوع، رقم ٢٢٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

عند الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة، ولكنه منعقد، خلافاً للحنابلة، حيثُ لاينعقد البيع عندهم. والظّاهر أنّ هذا هو الحكم في بيع الكاميرا، فإنّه وُضِع لأغراضٍ عامّة، ولا يتمحّض لتصوير مافيه روح، فيمكنُ استخدامه في تصوير مالا روحَ فيه، وهو جائزٌ بالإجماع. نعم! إذا علم البائع بيقينٍ أنّ المشتريَ يقصده لمحظورٍ لاغير، فيُكره بيعُه تحريماً.

وهذا على القول بأنّ الصُّور غير المجسّدة، و الصّور الفوتو غرافيّة، داخلةٌ في الصُّوَر المنهيّ عنها. أمّا على قول بعض المالكيّة الّذين يجوّزون الصُّوَر الّتي لاظلّ لها، أو على قول بعض علماء عصرنا، مثل العلاّمة محمد بخيت المصري رحمه الله تعالى، الّذين يزعُمون أنّ الصُّور الفوتو غرافيّة ليست داخلةً في الصُّور المنهيّ عنها، فقياسُ قولهم أنّه لا كراهةَ عندهم أصلاً في بيع آلاتها، إلاّ إذا عُلم أنّ المشتريَ يصوّر بها ما لايجوز تصويرُه، مثل تصوير النّساء للأجانب.

وأمّا التّلفزيون، فمن العلماء المعاصرين مَن يقول بأنّ الصُّوَر الّتي تظهر على شاشته داخلةٌ في الصُّوَر المنهيّ عنها، فهو داخلٌ عندهم في القسم الأوّل. وقياسُ قولهم أن يكون بيعُه في حكم آلات الملاهي، وقد فصّلنا القولَ في ذلك. ومنهم من يقول إنّ الصُّور الّتي تظهر على شاشته ليست من الصُّوَر الممنوعة، لأنّها لاتستقرّ على شيء، فهي بالعكس أشبهُ منها بالصُّور المستقرّة على الثّوب أوالقرطاس، وهو القول الرّاجح عندنا، فمن هذه الجهة هو داخلٌ في القسم الثّالث، فبيعُه صحيحٌ منعقد. ولكنّ مُعظم استعمال التّلفزيون في عصرنا في برامج لاتخلو من محظور شرعيّ، وعامّةُ المشترين يشترونه لهذه الأغراض المحظورة من مشاهدة الأفلام والبرامج

www.besturdubooks.wordpress.com

الممنوعة، وإن كان هناك من لايقصد به ذلك. فبما أنّ استعمالَه في مباح ممكن، فلا نحكُم بالكراهة التّحريمية في بيعه مطلقاً، إلاّ إذا تعيّن بيعُه لمحظور، ولكن نظراً إلى معظم استعماله لايخلو من كراهة تنزيهية. وعلى هذا، فينبغي أن يتحوّط المسلم في اتّخاذ تجارته مهنةً له في الحالة الرّاهنة، إلاّ إذا هيّأ الله سبحانه جوّاً يتمحّض أويكثُر فيه استعماله المباح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٤٠- الشرط الثالث

أن يكون المبيع موجودا

والشّرط الثّالث لصحّة البيع في غيرالسّلم والاستصناع: أن يكون المبيعُ موجوداً. وهذا شرطٌ لانعقاد البيع، فلا ينعقد بيع المعدوم. والأصلُ في ذلك أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة.[١] وهو بيعُ نتاج النّتاج. وكذلك لايجوز ما كان على خطرِ العدم، بمعنى أنّه يحتمل الوجود والعدم معاً، مثلُ اللّبن في الضّرع، حيث لايتيقّن وجوده، إذقد ينتفخ الضّرع بدون اللّبن.[٢]

١٤١- بيع الثّمارقبل ظهورها

وعلى هذا، لايجوز بيع الثّمار قبل ظهورها، إلاّ بطريق السّلم، لأنّه بيعُ معدوم، ولم يقل بجوازه أحد، وإن جرى به التّعامل. والأصل فيه مارُوِيَ عن جابر بن عبدالله

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الغرروحبل الحبلة، رقم ٢١٤٣

(٢) بدائع الصنائع، ٤: ٣٢٦

www.besturdubooks.wordpress.com

رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع المعاومة. أخرجه مسلم وأبوداود.[١] والمرادمنه بيعُ ما تحمِله شجرةٌ مخصوصةٌ أو أشجارٌ مخصوصةٌ من الثّمر إلى مدّة سنة فأكثر. وإنّما حرُم لكونه بيعَ غرر، لأنّه بيعُ مالم يخلقْه الله تعالى بعدُ. وقد يُسمّى "بيعَ السّنين"، كما فى بعض روايات مسلم و أبى داود.

أمّا إذا ظهرالثّمر بحيثُ يمكن الانتفاع به فى الأكل، أو فى علف الدوابّ، جاز بيعُه بالاتّفاق. وإذا ظهر الثّمر ولكنّه غير منتفَع به، حتىّ فى علف الدّوابّ، ففيه خلافُ مشايخ الحنفيّة. فذكر قاضى خان عن عامّة المشايخ أنّه لايجوز بيعُه أيضاً، ولكن صحّح ابنُ الهمام أنّه يجوز، لأنّه مالٌ منتفَعٌ به فى ثانى الحال، وإن لم يكن منتفعاً به فى الحال.[٢] ويبدو أنّه مذهب الأئمّة الثلاثة أيضاً، حيث أجازوا بيع الثّمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً (إذاكان بشرط القطع) ولم يشترطوا كونَه منتفعاًبه.[٣]

وإن بيعت جميعُ أثمار الشّجر أو البستان في حينِ ظهر بعضُها ولم يظهرْ بعضُها، ففيه خلاف. فقال الشّافعيّة والحنابلة إنّه لايجوز البيع إلاّ فيما ظهر. وهوظاهرُ مذهب الحنفيّة، لأنّ مالم يخرجْ معدوم. ولكن أفتى شمسُ الأئمّة الحلوانى رحمه الله تعالى بأنّه لو كان الخارجُ أكثر، جاز البيعُ فى الجميع، وبه أفتى الإمام الفضلىّ، بل يظهر من عبارته أنّه لايَشترط كونَ الخارج أكثر، بل يجعل الموجودَ أصلاً فى البيع، ومايحدُث بعدذلك تبعاً له. وبه أفتى ابن نُجيم رحمه الله تعالى فى فتاواه.[٤] وقال ابن الهمام

---

(١) صحيح مسلم، رقم ٣٩١٣، وسنن أبى داود، رقم ٣٣٧٥

(٢) فتح القدير ٥: ٤٨٩

(٣) راجع المغنى لابن قدامة ٤: ٢٠٢

(٤) فتاوى ابن نجيم بهامش الفتاوى الغياثية، ص ١١٣

www.besturdubooks.wordpress.com

بعدذكر فتوى الفضلي:

"وقدرأيت روايةً في نحو هذا عن محمّد رحمه الله تعالى، وهو بيع الورد على الأشجار، فإنّ الوردَ متلاحق، ثمّ جوّز البيع في الكلّ بهذا الطّريق، وهو قول مالك رحمه الله."[۱]

وذكرالسّرخسيّ رحمه الله تعالى الجواز عن شيخه الإمام الحلوانيّ والإمام الفضليّ، ولكن صحّح ما في ظاهر المذهب من عدم الجواز إلاّ في الموجود، لأنّ المصيرَ إلى هذه الطّريقة عند تحقّق الضرورة، ولاضرورةَ ههنا، لأنّه يُمكنه أن يبيع الأصول، أويشتريَ الموجود ببعض الثّمن ويؤخّر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أويشتريَ الموجود بجميع الثّمن، ويُبيح له الانتفاع بمايحدُث منه.[۲] ولكن قال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"لكن لايخفى تحقّقُ الضّرورة في زماننا، ولاسيّما في مثل دمشق الشّام، كثيرةِ الأشجار والثّمار، فإنّه لغلبة جهل النّاس لايُمكن إلزامُهم بأحد الطّرق المذكورة، وإن أمكن ذلك بالنّسبة إلى بعض أفراد النّاس، لايمُكن بالنّسبة إلى عامّتهم، وفي نَزْعِهم عن عادتهم حرج...ولايخفى أنّ هذا مسوّغٌ للعدول عن ظاهر الرّواية."[۳]

وقال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

---

(۱) فتح القدير ٥: ٤٩٢

(۲) المبسوط للسرخسي ۱۲: ۱۹٦

(۳) ردالمحتار ١٤: ۲۱۱ و۲۱۲ فقره ۲۲٥۰٥

www.besturdubooks.wordpress.com

"وجملة ذلك أنّه إذا باع ثمرةَ شيئٍ من هذه البقول، لم يجُز إلاّ بيعُ الموجود منها، وبهذا قال أبوحنيفة والشّافعيّ. وقال مالك: يجوز بيعُ الجميع، لأنّ ذلك يشقّ تمييزُه، فجُعِل مالم يظهرْ تبعاً لما ظهر، كما أنّ مالم يبدُ صلاحُه تبعٌ لما بدا."(١)

وقصرَ المالكيّةُ الجوازَ على مايتلاحق في بطنٍ واحد، أو ما له بطونٌ لاتتميّز، وله نهايةٌ ينتهى إليه. أمّا إذا كان متلاحقاً بصفةٍ مستمرّة، وليس له آخِرُ ينتهى إليه، كالموز فى بعض الأقطار، فلا يجوز بيعُه إلاّ بضربٍ من الأجل، ولو كثُر الأجل. وقيّده بعضهم بسنةٍ واحدة، وبعضهم بسنتين.(٢) والظّاهر أنّ من أجازه من الحنفيّة إنّما قصدَ ما يظهر فى بطن واحد. أمّا ما يظهر فى بطون مختلفة، فلا. وأمّا ما يتلاحق فى أكثر من سنة، فالظّاهر أنّ فيه معنى بيع السّنين، فلا ينبغى القولُ بجوازه، والله سبحانه أعلم.

١٤٢ـ مسألة ترك الثّمار على الأشجار بعد البيعِ

ثمّ جوازُ بيع الثّمار بعد الظّهور، على اختلافٍ فى تفسيره، إذا كان بشرط أن يقطعها البائعُ بعد البيع، فلا خلافَ فى جوازه. وأمّا إذا بيعت الثّمارُ بعد الظّهور، وقبل بَدْوِ صلاحها، ولم يشترط البائعُ أن يقطعها المشترى، ولااشترطَ المشترى أن يتركها على الأشجار، فهذا موضعُ خلاف بين الحنفيّة والأئمّة الثّلاثة الحجازيّين، فقال الحنفيّة: يجوز هذا

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٠٧

(٢) وراجع للتفصيل حاشية الدسوقى على شرح الدردير الكبير ٣: ١٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع، لأنّه لم يشترط فيه مالا يقتضيه العقد. وقال الأئمّة الثّلاثة: إنّه لايجوز، لعموم النّهي عن بيع الثّمرة قبل بدو صلاحها.[١]

وحمل عامّة الحنفيّة حديث النّهي عن البيع قبل بدو الصلاح على ما إذا اشترط ترك الثمار على الأشجار. أمّا إذا كان البيع بغير شرط، ثمّ تركه المشترى، فهو جائز عند الحنفيّة لما أخرج مالك فى باب الجائحة فى بيع الثّمار والزّروع عن عَمرة بنت عبد الرحمن:

"ابتاع رجلٌ ثَمَرَ حائطٍ فى زمان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ، فعالجَه وقام فيه، حتّى تبيّن له النّقصانُ، فسأل ربَّ الحائط أن يَضَعَ له أو أن يُقيلَه، فحلف أن لا يفعل، فَذَهَبَتْ أمُّ المشترى إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فَذَكَرَتْ ذلك له، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم: "تألّى أن لا يفعلَ خيراً."[٢]

ووجه الاستدلال به ظاهر، لأنّ المشتريَ ترك الثّمار على الأشجار، فإن كان ذلك بشرط، فهو فاسد بالاتفاق. فالظّاهر أنه تركها بدون شرط. وأجاز رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم هذا البيع، وحضّ البائع على الإحسان بالمشترى. ولو كان البيعُ فاسداً، لما أجازه.

أمّا إذا اشترط المشترى أن يتركها على الأشجار إلى مدّة، فله صورتان: الأولى: أن

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٠٢

(٢) أخرجه مالك ٢: ٦٢١

www.besturdubooks.wordpress.com



تكون الثّمار بدا صلاحُها، والثّانية: أن لم يكن بدا صلاحُها.

فإن بدا صلاحُها بمعنى أنّها أمِنتْ من الآفات قبل النُّضج، جاز هذا الشّرطُ عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم إنّما "نهى عن بيع الثّمرة حتّى يبدوَ صلاحها"[١]. ومفهومُه أنّه يجوز بعد بدو صلاحِها. ولا يجوز هذا الشّرطُ في ظاهر قول الحنفيّة، لأنّ هذا الشّرط يُنافي مقتضى العقد، فيُفسد العقد، غيرَ أنّه رُويَ عن الإمام محمّد رحمه الله تعالى أنّه يجوز إذا تناهى عِظَم الثّمرة، وعلّله ابن الهمام رحمه الله تعالى بالاستحسان بالتعامل: "لأنّهم تعارفوا التّعاملَ كذلك فيما تناهى عِظَمه، فهو شرطٌ يقتضيه العقد."[٢] وذكرابن الهمام أنّه اختاره الطّحاويَ لعموم البلوى، وذكر في تنوير الأبصار أنّ عليه الفتوى، وإن كان ابنُ عابدين رحمه الله تعالى نقل عن القُهستانيّ عن النّهاية أنّ الفتوى على قولهما.

أمّا إذا اشترط تركَها على الأشجار قبل أن يتناهى عِظَمُها، أو قبلَ أن يبدُوَ صلاحُها، فظاهرُ مذهب الأئمّة الأربعة أنّه يُفسد البيع، وذلك لأحاديث النّهي عن بيع الثّمرة قبل أن يبدو صلاحُها، ولأنّه يؤدّي إلى بيع المعدوم. لكن ذكر ابنُ الهُمام أنّ محمداً رحمه الله تعالى إنّما فرّق بين ما تناهى عِظَمُه ومالم يتناه أنّ التّعامل إنّما جرى بشرط التّرك في المتناهي، ولم يجرِ فيمالم يتناهَ عظمه، وإلاّ فهُما سواء في كون الشّرط لايقتضيه العقد.[٣] وهذا يقتضي أنّه لو جرى العُرف والتّعامل في غير المتناهي، جاز

---

(١) صحيح البخاري، باب ٥٨،حديث١٤٨٦

(٢) فتح القدير ٥: ٤٩٠

(٣) أنظر فتح القدير٥: ٤٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أيضاً، لأنَ العُرف الحادثَ معتبرٌ فى كون الشَرط جائزاً، كما قال ابن عابدين فى مبحث الشّرط الفاسد.[١] وعلى هذا فرّع الإمام التّهانويّ رحمه الله تعالى أنّه إذا جرى العُرف باشتراط التّرك على الأشجار، جاز هذا الشّرطُ للعُرف.[٢] وكذلك أفتى شيخنا المفتى رشيد أحمد رحمه الله فى فتاواه.[٣]

ويُشكل على هذا أنَ البيعَ بشرط القطع جائزٌ بالإجماع، وبدون أيَ بشرطٍ جائزٌ عند الحنفيّة، فلو جاز بشرط التّرك أيضاً على أساس العُرف، لمَاَ بقيَ محملٌ للحديث الّذي ورد فيه النّهيُ عن بيع الثّمرة حتّى يبدوَ صلاحها، وقد تقرّر أنّ العُرف يصلُح مخصّصاً للنّصّ، ولايصلُح ناسخاً. ويُمكن أن يُجاب عنه بأنَ أحاديثَ النّهي عن بيع الثّمرة قبل بدو صلاحها معلّلةٌ بكونه مفضياً إلى النّزاع، فحيثُ ارتفع احتمالُ النّزاع بسبب العُرف والتعامل، ارتفعت العلّة المانعة.

ويُمكن أيضاً أن يُقال: إنّها محمولةٌ على الإرشاد والتّنزيه، لا على التّحريم. وذلك لماروٰاه زيدبن ثابت رضى الله تعالى عنه فيما أخرجه البخاريّ، قال:

"كان النّاسُ فى عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يبتاعون الثّمار، فإذا جذّ النّاسُ وحضر تقاضيهم، قال المبتاعُ : إنّه أصاب الثّمرَ دُمان، أصابه مُراض، أصابه قُشام: عاهاتٌ يحتجّون بها، فقال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم لمّا كثُرت عنده الخصومة فى ذلك: فإمّا لا، فلا تتبايعوا حتّى يبدوَ صلاح الثّمر،

(١) ردالمحتار ١٤: ٦٦٩ فقره ٢٣٥٨٠

(٢) إمدادالفتاوى ٣: ٩٦، مسألة ١٢٤

(٣) أحسن الفتاوى: ٦: ٤٨٦ و ٤٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

كالمشورة يُشير بها لكثرة خصومتهم."[١]

والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٤٣- بيع محلّ الاستصناع قبل التسليم

ومن أسلَم فى شيئ، فلا يجوزله أن يبيعَه قبل أن يتسلَمه من المسلَم إليه، وكذلك مَن استصنع من آخرَ شيئاً، فلا يجوز له أن يبيعَه قبل أن يقبضه من الصّانع، لأنّه إمّا معدوم ، وإمّا غيرُ مملوكٍ للبائع. وعلى هذا، من اكتتبَ فى شُقّةٍ فى عمارةٍ مقترحَةٍ وقع تصميمُها ولم تُبْنَ بعدُ، فإنّه فى حُكم الاستصناع، فلايجوز للمستصنِع أن يبيعَ هذه الشُّقّة إلى ثالث حتىَ يتسلّمها من الصّانع، لأنّه إن لم يبدأ الصانعُ فى البناء، فهو بيعُ معدوم، وإن بدأ الصّانعُ فى بناءه، فإنّ الشُّقّة المشتراةَ ليست مملوكةً للمستصنِع قبل أن يتسلّمها من الصّانع. ولايجوز بيعُ المعدومِ ولا بيعُ مالا يملكه الإنسان. وسيجيئ تفصيلُ الكلام على ذلك فى باب الاستصناع إن شاء الله تعالى.

١٤٤- الشّرط الرّابع
أن يكون المبيعُ مملوكاً

ويُشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع. فبيعُ ما لايملكه البائع باطل. والأصلُ فى ذلك ماروُيَ عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه قال:

"سألتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم، فقلت: يأتينى الرّجلُ يسألُنى من

---

(١) صحيح البخارى،كتاب البيوع، باب ٨٥، حديث ٢١٩٣

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع ما ليس عندي، أبتاعُ له من السّوق ثمّ أبيعه. قال: لا تبعْ ما ليس عندك."[١]

ورُويَ عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"ليس على رجل بيعٌ فيما لا يملك."[٢]

ولا يُشترط لصحّة البيع أنْ تكون النّقودُ مملوكةً للمشتري عند العقد، فلو اشترى شيئاً بنقود، وليست في مِلكه عند الشّراء، فالبيعُ صحيحٌ إذا استوفى الشّروط الأخرى، وتجبُ النّقودُ في ذمّة المشتري.[٣]

١٤٥- بيع ماهو مباح الأصل

وعلى هذا لاينعقد بيعُ ماهو مباحُ الأصل، غيرُ مملوكٍ لأحد، مثلُ الكلأ. لأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال:

"المسلِمون شركاءُ في ثلاثٍ: في الماء، والكلأ، والنّار."[٤]

فإن كان الكلأُ في محلٍّ غيرِ مملوك، فإنّه مباحٌ عامّ، ولايجوز بيعُه لأحد. وكذلك إن نبت الكلأ في أرضٍ مملوكةٍ بدون أن يغرسَه، فإنّه لايجوزُ له بيعُه.[٥] وله منعُ النّاس من

---

(١) أخرجه الترمذي، حديث ١٢٣٢، وقال: "هذا حديث حسن" وأخرجه أيضاً النّسائي وغيره.

(٢) أخرجه النسائي في البيوع، بيع ما ليس عند البائع، حديث ٤٦١٢

(٣) راجع المبسوط للسّرخسيّ، كتاب الصرف، باب البيع بالفلوس ١٤: ٢٤

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في منع الماء، حديث ٣٤٧٧

(٥) ردّالمحتار، كتاب إحياء الموات، فصل في الشرب، ٦: ٤٤٠ وحاشية القليوبي، كتاب إحياء الموات ٣: ٩٦ والمغني لابن قدامة، كتاب البيوع ٤: ٢٠٠ و٢٠١ والبيان والتحصيل لابن رشد، كتاب السداد والأنهار ١٠: ٢٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com



الدّخولِ في مِلكه، ولكن قال الفقهاء: فيُقال للمالك: إمّا أن تقطعَ وتدفعَ إليه، وإلاّ تتركه ليأخذَ قدرَ ما يُريد. وهذا إذا لم يجد كلأً في أرض مباحاً قريباً من تلك الأرض المملوكة، كما ذكره ابن عابدين رحمه الله تعالى.

أمّا إذا قطع إنسانٌ كلأً من أرض مملوكةٍ أو غير مملوكة، وأحرزه، فقد مَلَكه، ويجوز له أن يبيعَه.

و ما غَرَسه الإنسانُ في أرضه، فهو مملوكٌ له يُباحُ له بيعُه.[1] وكذلك الحكمُ عند بعض المالكيّة فيمن ترك الزّراعة في أرضه، لينبُت فيه الكلأ، ويتّخذه مرعىً له. فيجوز له بيعه.[2]

ومعنى كون النّار من المباحات العامّة أنّ من أوقد ناراً في مفازةٍ، فإنّها تكون مشتركةً بينه وبين النّاس أجمعين، فمن أراد أن يستضيئ بضوءها، أو يخيط ثوباً حولها، أو يصطليَ بها، أو يتّخذ منها سراجاً، ليس لصاحبها منعه. فأمّا إذا أوقدها في موضع مملوك، فإنّ له منعَه من الانتفاع بملكه. وإذا أراد أن يأخذ من فتيلةِ سراجِه، أو شيئاً من الجَمْر، فله منعه، لأنّ كلاًّ من الفتيلة والجمر مملوكٌ لصاحبه، وليس من المباح العامّ.[3]

وعلى هذا مَن أضاء أرضاً مملوكةً له بتشغيل الكهرباء، وانتشر ضوءُه إلى خارج ملكه، فلغيره أن ينتفع بذلك الضّوء، كما يجوز أن يستظلّ بظلّ جداره، بشرط أن

---

(١) ردّالمحتار، كتاب إحياء الموات، فصل في الشرب، ٦: ٤٤٠ وحاشية القليوبي، كتاب إحياء الموات ٣: ٩٦

(٢) البيان والتحصيل لابن رشد، كتاب السداد والأنهار ١٠: ٢٤٧

(٣) ردّالمحتار ٦: ٤٤٠ و ٤٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

لايدخل في أرضه بدون إذنٍ منه. ولكن لايجوز له أن يستعمل الكهرباء بتوصيلةٍ تُخرج الكهرباء إلى خارج أرضه.

وكذلك لايجوز بيعُ الحَطَب والحشيش والصُّيود الّتي في البراري، أو الطّيور في الهواء الّتي لم تُصَد.[1] وما تفعله بعضُ الحكومات من قَصْر حقّ الاصطياد على من عنده رخصةٌ من قِبَلها، و تُعطى هذه الرّخصةَ لقاءَ عوض ماليّ، فإنّه ظلمٌ لايجوز، لأنّ الله سبحانه وتعالى أباح الصَّيد لكلّ أحد، فلا يجوز حَجْر العامّة منه، وكذلك لاجوازَ لأخذ عوضٍ على منْح رُخصة الاصطياد.

١٤٦- بيع الماء

أمّا الماءُ فهو على أقسام: الأوّل: ماءُ البحار والأنهار الّتي لامِلكَ فيها لأحد. وهو مباحُ الأصل لايجوز بيعُه.

الثّاني: الماء المحرُزُ بالأواني والأنابيب في عصرنا، وهو مملوكٌ لمحرِزه بالإجماع، فيجوز بيعُه. وهذا الحكمُ للنّوعين لانَعرف فيه خلافاً للأئمّة المجتهدين.

الثّالث: ماءُ الأبيار، والحِياض، والعيون، والقَنَوات المملوكة. وفيه خلاف. فقال بعضُ الشّافعيّة إنّه مملوكٌ كالماء المحرزَ في الأواني، وهو قولُ يحيى والمؤيّد بالله. وقال الحنفيّة وأكثرُ الشّافعيّة: "إنّه حقٌّ لا مِلكٌ."[2] ومعنى كونه حقّاً، لاملكاً، ماذكره الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى أنّ صاحبَ البئر، أو الحوض، أو العين، أو القناة، أحقُّ به من غيره، ولكن

---

(١) ردّالمحتار، كتاب البيوع ١٤: ٢٢ فقره ٢٢١٨٧

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٥: ٢٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

يجب بذلُ ما فضُل عن حاجته لشُربِ بنى آدم، والبهائم، والنّعم، والدّوابّ. وله أن يمنع السّقيَ للأرض والزّرع والنّخل.(١)

ولكنّه ذكر أنّ بيعَ هذا النّوع من الماء للسّقْى لايجوز لكونه مجهولَ المقدار. وهذا التّعليلُ يُفيد أنّه إذا ارتفعت الجهالة بطريقٍ من الطُّرق، مثل ضبطه بالعدّاد وغيره، ينبغى أن يجوزَ البيع، لأنّ الإمام أبا يوسف رحمه الله تعالى لم يعلّل عدمَ جواز البيع بأنّه غيرُ مملوكٍ له، وإنّما علّله بأنّه مجهولُ المقدار، وظاهرالرّواية فى مذهب الأحناف أنّ بيعَ الشِّرب فاسد، وعلّلوه بأنّه من حقوق المبيع، فلا يُفرَد بالبيع، وبأنّه مجهول. ولكن قال شمس الأئمة السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

" وبعضُ المتأخّرين من مشايخنا رحمهم الله أفتى أن يبيعَ الشِّرب، وإن لم يكن معه أرضٌ، للعادة الظّاهرة فيه فى بعض البُلدان، وهذه عادةٌ معروفةٌ بنسف."(٢)

وقد صرّح الإمام مالك رحمه الله تعالى بجواز بيع الشِّرب، سواءٌ أكان بيعاً لحقّ الشِّرب، أم للماء الّذى يحصُل بممارسة ذلك الحقّ. جاء فى المدوّنة الكبرى:

"قلتُ: أرأيتَ إن بعتُ شِرْبَ يومٍ، أيجوز ذلك أم لا؟ قال: قال مالكٌ: ذلك جائز. قلتُ: فإن بعتُ حظّى بعتُ أصلَه من الشِّرب، وإنّما لي فيه يومٌ من اثني عشرَ يوماً، أيجوز فى قول مالك؟ قال: نعم. قلتُ: فإن لم أبعْ أصلَه ولكن

(١) كتاب الخراج للإمام أبي يوسف، ص ٩٥

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٣: ١٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

جعلتُ أبيعُ منه السّقيَ، إذا جاء يومي بعتُ ما صار لي من الماءِ ممّن يسقى به، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم."[١]

وأمّا التّنْكاتُ الكبيرةُ الّتي يُجمع فيها ماءٌ كثيرٌ في عصرنا، فالظّاهرُ أنّه في حكم النّوع الثّاني من الماء المحرَز. وذلك ممّا ذكره الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى بقوله: "وإن هيّأ له مصنعةً، فاستقى فيها بأوعيتِه حتىّ جمع فيها ماءً كثيراً، ثم باع من ذلك فلا بأس."[٢]

١٤٧- الشّرط الخامس

أن يكون المبيعُ مقدورَ التّسليم

ويجب أن يكون المبيع مقدورَ التّسليم عند العقد، بمعنى أن يكون البائعُ قادراً على تسليمِه للمشتري. وهو شرطٌ لانعقاد البيع. والأصلُ في ذلك الأحاديثُ الّتي ورد فيها النّهيُ عن بيع الغرر، وقدرُويت عن أبي هريرة[٣] وابن عمر،[٤] وابن عباس[٥] وغيرهم رضي الله تعالى عنهم.

والغَررُ مفهومٌ عامٌ يشمل أنواعاً كثيرةً، وقد اختلفت عباراتُ الفقهاء في تعريف

---

(١) المدونة، كتاب التجارة إلى أرض العدوّ، فصل في شرب يوم ٣: ٣١٢

(٢) كتاب الخراج للإمام أبي يوسف ص٩٥

(٣) أخرجه الجماعة إلا البخاريّ

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٠: ٣٩٣ و ١٠: ٤٧٥) و البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٠٢ وابن حبان كمافي نيل الأوطار ٥: ١٢٥

(٥) أخرجه ابن ماجه مع حاشية السنديّ ٢: ١٨(برقم ٢١٩٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

الغرر بعد اتّفاقهم على مضمونها، ولعلّ أجمعَ تعريفٍ للغرر وأوجزَه ماذكره السّرخسيّ رحمه الله تعالى بقوله: "الغررُ مايكونُ مستورَ العاقبة."[1] والمراد من بيع الغرر: البيعُ الّذي عاقبتُه مستورةٌ لايُدرى إلى ما ينتهي إليه. ويقاربُه ما قاله الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "الغررُ هوالخطر الّذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم بمنزلة الشّكّ."[2] وما قاله الشّيرازيّ في المهذّب: "الغررُ ما انطوى عنه أمرُه وخَفيَ عليه عاقبتُه."[3] وقال القرافيّ: "أصلُ الغرر هوالّذي لايُدرى: هل يحصُل أم لا؟ كالطَّير في الهواء، والسّمك في الماء."[4]

والواقعُ أنّ "الغرر" معنىً عامٌّ يشمل جزئيّاتٍ كثيرة. والّذي يتحصّل من سَبْر جزئيّاته أنّ الغررَ لايخلو من أحدالأحوال الثّلاثة الآتية:

الأوّل: أن يكون المعقودُ عليه غيرَ مقدور التّسليم.

والثّاني: أن يشتمل العقدُ على جهالةٍ في المعقود عليه، (مثل المبيع، أو الثّمن أوالأجرة) أو في الأجل المضروب في العقد.

والثّالث: أن يكون فيه معنى تعليق التّمليك على الخطر، كما في القمار.

فالأوّلُ من هذه الحالاتِ ما لا يقدرُ البائعُ على تسليمِه عند العقد. وإنّه غررٌ لأنّه لا تُعرف عاقبتُه هل يقدرُ البائع على التّسليم أو لايقدر.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣: ١٩٤

(٢) بدائع الصنائع ٥: ١٦٣

(٣) المهذّب ١: ٢٦٢

(٤) الفروق للقرافي ٣: ٢٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

ولذلك ذكر الفقهاء أنّه لايجوز بيعُ العبد الآبق، فإنّه رغمَ كونه مملوكاً للبائع، لايُمكن تسليمُه عند العقد. ويدخلُ فيه كلُّ ما فَقَده البائع من مملوكاته. وقال الكرخيّ رحمه الله تعالى: ينعقد بيعُ الآبق، حتىّ لوظهر وسلّمه البائعُ إلى المشترى يجوز، ولايحتاجُ إلى تجديد البيع، إلاّ إذا كان القاضى فَسَخه عند مطالبة المشترى بالتّسليم وعجز البائع. وجوابُ ظاهر الرّواية أنّه لاينفُذ بظهور الآبق، بل يحتاج إلى عقدٍجديدٍ بالإيجاب والقبول، أو بالتّعاطى. وفى حُكمه بيعُ الطّائر الّذى كان فى يد البائع وطار: أنّه لاينعقدُ فى ظاهر الرّواية، وكذلك بيعُ السّمكة الّتى أخذها ثم ألقاها فى حظيرة، بعد أن كان لايمكنُه أخذُها بدون اصطياد. أمّا إذا كان يمكُنه أخذُها بدون اصطياد، بأن كان فى حوض صغير، يجوزُ بيعُها، لأنّه مقدورُ التّسليم.

أمّا إذا كان المبيعُ بيدِ غاصبٍ معيّن، فباعه المالكُ إلى غير الغاصب، انعقد البيعُ موقوفاً على التّسليم، لأنّ المغصوبَ فى هذه الصّورة مقدورُ التّسليم بقُدرة السّلطان والقاضى، وجماعةِ المسلمين، إلاّ أنّه لم ينفُذ فى الحال لقيام يدِ الغاصب صورةً. فإذا سلّم زال المانع، فينفُذ بخلاف الآبق، لأنّه معجوزُ التّسليم على الإطلاق.[١]

وذكر ابنُ قُدامة رحمه الله تعالى أنّ بيعَ العبد الآبق لايصحّ، سواءٌ علِم مكانَه أو جهلَه، وكذلك ما فى معناه من الجمل الشّارد، والفرس العائر وشبههما، وبهذا قال مالك، والشّافعيّ، وأبوثور، وابنُ المنير وأصحابُ الرّأى. ثمّ ذكر جوازَه عن ابن عمر، وابن سيرين، وشُريح رحمهم الله تعالى، واحتجّ عليهم بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أنّ

---

(١) هذه خلاصة ما فى بدائع الصنائع ٤: ٣٤١ و٣٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الغرر.[1]

١٤٨- بيع الدَّين ممّن هُو عليه

ومن بيوع الغرر أن يبيع دائنٌ دَينه من غير مديونه. فإن كان إلى المديونِ نفسه، فهو جائزٌ بثمنٍ حالٍّ فى غير السّلم والرّبويّات. وذلك مثلَ أن يقولَ الدّائن للمديون: "بعْنى هذا الثّوبَ بدَينى الّذى فى ذمّتك" أو يقول: "بعتُك دَينى فى ذمّتك بثوبك هذا" فهو جائزٌ. وهو الّذى يُسمّيه الفقهاء بيع الدّين ممّن هو عليه. وهو جائزٌ عند جمهور الفقهاء. قال الكا سانيّ رحمه الله تعالى: "ويجوز بيعُه (أى بيع الدّين) ممّن عليه، لأنّ المانع هو العجزُ عن التّسليم، ولا حاجةَ إلى التّسليم ههنا. ونظيره بيعُ المغصوب أنّه يصحّ من الغاصب، ولا يصحّ من غيره إذا كان الغاصبُ منكِراً، ولا بيّنة للمالك."[2]

وإنّما قلنا "فى غير السّلم" لأنّه لا يجوز بيعُ المسلَم فيه من المسلَم إليه قبل أن يقبضه ربُّ السلم، لأنّه بيعٌ قبل القبض، وهو لا يجوز. قد صرّح به الكاسانى رحمه الله تعالى.

وقال الشّيرازى رحمه الله تعالى:

"وإن كان الدّينُ غيرَ مستقرّ نَظَرْتَ، فإن كان مُسْلَماً فيه، لم يجز بيعُه، لمارُوي أنّ ابن عباس رضى الله عنهما سُئل عن رجلٍ أسلف فى حُلَلٍ دِقاق، فلم يجد تلك الحُلل، فقال: آخذمنك مقامَ كلِّ حُلّة من الدّقاق حُلّتين من الجِلّ.[3] فكرهه ابن عباس رضى الله

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٧١

(٢) بدائع الصنائع، كتاب البيوع، فصل وأماالذى يرجع إلى نفس المعقود عليه ٥: ١٤٨

(٣) الجلّ بالكسر ضد الدقّ، كما فى تاج العروس

www.besturdubooks.wordpress.com

عنهما."[١]

وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى بحث السّلم إن شاء الله تعالى.

وأمّا قولنا "فى غير الربويّات" فالمقصود منه أنّه إذا كان الدّينُ وعوضُه ربويّين، يُشترط فى بيعه ما يُشترط فى مبادلة الرّبويّات بعضِها ببعض، فيُشترط فى المتجانسين التّساوى. فإذا اشترى المدينُ دينَه من الدّائن بثمنٍ أكثرَ مؤجّل، فهذا عينُ الرّبوا. وهو فى معنى "أتقضى أم تُربى؟" وقد صرّح بحرمته القرآن الكريم.

وكذلك منَع أكثرُ الفقهاء من أن يُعجَّل الدّينُ المؤجّل مُقابلَ إسقاطِ بعض الدَّين. وهو مذهب الأئمّة الأربعة، وهو مرويٌّ عن عبد الله بن عمر وزيدبن ثابت من الصّحابة رضى الله عنهم، وعن محمد بن سيرين والحسن البصرى و ابن المسيّب والحكم بن عتيبة والشّعبىّ رحمهم الله تعالى.[٢] وهى مسألة "ضع وتعجّل" وقد أشبعنا الكلام فيها فى رسالتنا "البيع بالتقسيط"[٣] والحمد لله تعالى.

هذا إذا بِيعَ الدَّينُ من المدين بثمنٍ حالّ. أمّا بيعُ الدّين منه بثمنٍ مؤجّل، فلا يجوز، لأنّه يؤدّى إلى بيع الكالئ بالكالئ الّذي سيأتى حكمُه إن شاء الله تعالى. ولايقال: إنّ الدّينَ مقبوضٌ للمديون من قبل، فلا يؤدّى إلى بيع الكالئ بالكالئ، لأنّ الدّينَ مادام ديناً فى ذمّة المدين، لا يُعتبر عيناً. ولهذا ذكروا أنّ الدَّينَ الّذى لربّ السّلم على

---

(١) المهذّب للشيرازي، مع شرحه المجموع، كتاب البيوع ٩: ٢٧٢ ولم أهتد إلى تخريج أثر ابن عباس هذا فى كتب الحديث. ولكن سيأتى فى بحث السّلم إن شاء الله تعالى حديث مرفوع: "من أسلف فى شيئ، فلايَصْرِفْه إلى غيره." وسيأتى تمام الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى.

(٢) موطأ الإمام مالك ٦٠٦ ومصنف عبد الرزاق ٨: ٧١

(٣) بحوث فى قضايا فقهية معاصرة ١: ٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com



المسلَم إليه لا يجوزُ أن يكون رأسَ مال السّلم. كما فى تنوير الأبصار مع الدّر المختار:

"فإن أسلمَ مائتى درهم فى كُرِّبُرٍّ، مائةً ديناً عليه (أى على المسلم إليه) ومائةً نقداً، وافترقا على ذلك، فالسّلمُ فى حصّة الدَّين باطل، لأنّه دينٌ بدين."[1]

ولم يُجِزْه أحدٌ من الفقهاء الأربعة. ولكن أجازه العلاّمة ابنُ تيمية وتلميذه ابنُ القيّم رحمهما الله تعالى، وسمّاها ابنُ القيّم رحمه الله تعالى "بيع الواجب بالسّاقط". قال:

"وأمّا بيعُ الواجب بالسّاقط، فكما لو أسلم إليه فى كُرِّ حنطة بعشرة دراهمَ فى ذمّته، فقد وجب عليه دينٌ، وسقط له عليه دينٌ غيرُه. وقد حُكِيَ الإجماعُ على امتناع هذا، ولا إجماعَ فيه. قاله شيخُنا، واختار جوازَه، وهو الصّواب، إذ لا محذورَ فيه."

وصُورته: أنّ زيداً استقرض عشرةَ دراهم من عمرو. فقال عمروٌ لزيد: أشترى منك عشرةَ كيلو من القَمْح سَلَماً بالمائة الّتى هيَ قرضٌ عليك، وتؤدّى عشرةَ كيلو من القمح بعد شهر. فوجب دَينُ عشرة كيلو من القمح على عمرو، وسقط دينُ عشرة دراهم من ذمّته، فصار بيعَ الواجب بالسّاقط.

وكذلك أجاز ابنُ تيميّة وابنُ القيّم رحمهما الله تعالى ما سمّياه "بيعَ السّاقط بالواجب"، كمالو باعَه ديناً له فى ذمّته بدينٍ آخرَ من غير جنسه، فسقط الدّينُ

---

(١) تنوير الأبصار مع الدر المختار ورد المحتار، باب السلم ١٥: ٣٨٦ و٣٨٧

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيعُ، ووجب عوضُه، و هو بيعُ الدّين ممّن هو فى ذمّته.[١]

وصورتُه: أنّ زيداً أسلم عشرة دراهمَ فى عشرة كيلو من القمح إلى عمرو يؤديها بعد شهر مثلاً، فصار القمحُ ديناً فى ذمّة عمرو. وحين حلّ أجلُ القمحِ، قال زيدٌ: أبيعُك عشرة كيلو من القمح الّتى هيَ فى ذمّتك بعشرة كيلو من الشّعير تؤدّيها بعد شهر. فسقط عن عمروٍ دينُ عشرة كيلو من القمح، ووجب عليه دينُ عشرة كيلو من الشّعير.

وسيأتى تمامُ الكلام على ذلك فى باب السّلم إن شاء الله تعالى.

١٤٩ـ بيع الدَّين بالدَّين

أمّا بيعُ الدّين بالدّين، الّذى يُسمّى "بيعَ الكالئ بالكالئ"، فقد يكون مع المديون نفسِه، وقد يكون مع ثالث. مثالُ الأول: أن يقول شخصٌ لآخر: اشتريتُ منك طنّاً من القمح تُسلّمها لى بعد شهر بألفى ربية أدفعُها لك بعد شهرين مثلاً. وهذا ما سمّاه الفقهاء "ابتداءَ الدّين بالدّين".[٢] فالقمحُ دينٌ فى ذمّة البائع، وألفاروبيةٍ دينٌ فى ذمّة المشترى، وكلُّ واحدٍ منهما يُريد أن يُنشِأ ديناً على الآخر بالمعاوضة بينهما. ومثل أن يبيع زيدٌ طنّاً من القمح سلماً، فإذا حلّ الأجل، عجزَ عن التّسليم، فيقولُ له: بِعنى القمْحَ الّذى هُو فى ذمّتى بثلاثة آلاف روبية أؤدّيها إليك بعدشهر. وهذا ما عبّر عنه بعض الفقهاء بِـ"فسخ الدَّين

(١) إعلام الموقعين، بحث الحوالة، ١: ٣٣١ وليُنظر أنَ إطلاق الجواز على بيع السّاقط بالواجب يُمكن أن يؤدّى إلى التحيّل على الرّبوا، بأن المدين حينما عجز عن الأداء فى موعده باعه الدّائن ذلك الدّين بشيئ مؤجل من خلاف جنسه بقيمة أزيد، وبذلك ربح من خلال تأجيل الدَّين.

(٢) الشرح الكبير للدّردير ٣: ١٥٨ قبيل فصل فى المرابحة.

www.besturdubooks.wordpress.com



فى الدَّين "، لأنّ مقصودَ العاقدين فسخُ مافى ذمّة المدين من الدّين الأول بالتزام المدين الدّينَ الثانيَ بدله.[1]

ومثالُ الثّانى، يعنى بيع الدّين من غير المدين: أن يكون لزيدٍ طَنٌّ من القمح على عمروٍ سَلَمًا، فيقول زيدٌ لخالد: بعتُ منك دَينى الّذى هو فى ذمّة عمرو بخمسة آلافٍ تدفعُها لى بعد شهر.

وقد اتّفق جمهورُ الفقهاء على كون مثل هذه البيوع ممنوعةً شرعاً، واستندوا فى ذلك بالحديث المعروف أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ. وهذا الحديث أخرجه الحاكم، والطّحاوىّ، والدّارقطنىّ، والبيهقىّ، وعبدالرزّاق، وابنُ أبى شيبة، والبزّار عن عبدالله بن عمر ورافع بن خديج رضى الله تعالى عنهما.[2] واعتُرض عليه بأنّ إسنادهما ضعيف، لأنّ فى كليهما موسى بن عبيدة الّذى قال فيه أحمدبن حنبل رحمه الله تعالى: "لاتحِلّ الرّوايةُ عنه." ولكنّه مؤيَّد بما أخرجه عبدالرزّاق فى مصنَّفه من طريق إبراهيم بن أبى يحيى الأسلمىّ الّذى أكثر عنه الإمام الشّافعىّ رحمه الله تعالى، ووثّقه ابن عُقدة وابنُ عدىّ وغيرهما، وإن كان الأكثرون ضعّفوه.

ثمّ هذاالحديثُ متلقًّى بالقبول من جمهور علماء الأمّة بما يجبُر ضعفَه. ورُوي عن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى أنّه قال: "ليس فى هذا حديثٌ يصحّ، لكنّ الإجماعَ

---

(١) المرجع السابق

(٢) المستدرك للحاكم ٢: ٦٥ رقم٢٣٤٢ وسنن الدارقطنى ٣: ٧١رقم ٢٦٩ وسنن البيهقى ٥: ٢٩٠ ومصنف عبد الرزاق ٨: ٩٠رقم ١٤٤٤ ومصنف ابن أبى شيبة ٦: ٥٩٨ رقم ٢١٦٩ وشرح معانى الآثار للطحاوى ٤: ٢١ وكشف الأستار ٢: ٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

على أنّه لايجوز بيعُ دينٍ بدين."[١] والحقّ أن الإجماعَ على منع بيع الدَّين بالدَّين إنّما وقع على بعض صُوره، مثل عقد السّلم برأس مالٍ مؤجّل إلى ما فوق ثلاثة أيّام، أو استبدالِ المسلَم فيه بثمنٍ أكثر من رأس مال السّلم.

وقد أجاز المالكيّةُ بعضَ صُوَر لبيع الدّين بالدين. فمثلاً أجاز معظمُ المالكيّة تأجيلَ رأس المال فى السّلم إلى ثلاثة أيّام بالشّرط.[٢] وكذلك إذا باع الدّائنُ دينَه على المديون من ثالثٍ بشيئ معيّنٍ يتأخّر قبضُه أو بمنافعِ ذاتٍ معينة، كما لو كان لزيدٍ على عمروٍ دَين، فيبيعُه من خالدٍ بسيّارة معيّنة يُسلّمُها خالدٌ إليه بعد شهرٍ مثلاً، أو بمنافع السيّارة إلى شهرٍ مثلاً، فهذا جائزٌ عندهم[٣] بشروط جواز بيع الدَّين من غير المدين الّتى ستأتى إن شاء الله تعالى.

ولايجوز ذلك عند غيرهم، لأنّهم حرّموا بيعَ الدَّين بالدَّين مطلقاً، ولم يستثنَوا منه شيئا [٤] وقد صرّح الشّافعيّة بعدم جواز الصُّورة الّتى أجازها المالكيّة. قال النّوويّ رحمه الله تعالى: "فأمّا بيعُه (أى الدَّين) لغيره، كَمن له على رجلٍ مائةٌ، فاشترى من آخرَ عبداً بتلك المائة، ففى صحّته قولان مشهوران: أصحُّهما: لايصحّ، لعدم القُدرة على التّسليم، والثّانى: يصحّ بشرطِ أن يقبض مشترى الدَّينِ الدَّينَ ممّن هو عليه،

---

(١) فيض القدير للمناوى، ٦: ٢٣

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير، باب السلم ٣: ١٩٥

(٣) حاشية الدسوقى، كتاب البيوع، ٣: ٦٣ والحقيقة أنّ السيارة إن تعيّنت، لم تبق ديناً، وإنّما هى عَين، وإن تأخر قبضها، فالظّاهر أنّه ليس من قبيل بيع الدّين بالدَّين، ولكن أدخله المالكيّة فى بيع الدَّين بالدّين، لأنّ القبض فيه متأخر.

(٤) كشاف القناع للبهوتى باب الربوا ٣: ٢٥٢ وردالمحتار ١٤: ٦٠ فقره ٢٢٢٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com



وأن يقبضَ بائعُ الدَّين العوضَ فى المجلس. فإن تفرّقا قبل قبض أحدهما بطل العقد."[1]

١٥٠- بيع الدَّين من غير المدين

أمّا بيعُ الدَّين من غير المدين الّذى يعبّر عنه الفقهاء ببيع الدَّين من غير مَن هو عليه، فقد وقع فيه اختلافٌ بين فقهاء المذاهب. فقال الحنفيّة والحنابلة والظّاهريّة: إنّ بيعَ الدَّين من غير من عليه الدَّين لايجوز إطلاقاً. قال الإمام محمّد بن حسن الشيبانىّ رحمه الله تعالى: "لاينبغى للرّجل إذاكان له دينٌ أن يبيعَه حتىَ يستوفيَه، لأنّه غرر، فلايدرى أيخرُج أم لايخرج."[2] وقال الكاسانىّ رحمه الله تعالى: "ولاينعقد بيعُ الدَّين من غير مَن عليه الدَّين، لأنَ الدّينَ إمّا أن يكون عبارةً عن مالٍ حُكمىّ فى الذمّة، وإمّا أن يكون عبارةً عن فعل تمليكِ المال وتسليمه، وكلٌّ ذلك غيرُ مقدور التّسليم فى حقّ البائع. ولو شُرط التّسليمُ على المديون، لايصحّ أيضاً، لأنّه شرطُ التّسليم على غير البائع، فيكونُ شرطاً فاسداً، فيُفسِد البيع."[3]

وقال المرداوىّ رحمه الله تعالى فى بيان مذهب الحنابلة: "لايجوز بيعُ الدَّين المستقرّ لغير من هو فى ذمّته، وهو الصّحيح من المذهب، وعليه الأصحاب."[4] وقال ابن حزم رحمه الله تعالى: "ولايحلّ بيع دَينٍ يكون لإنسانٍ على غيره، لابنقدٍ ولابدينٍ، لابعينٍ، ولا

(١) المجموع شرح المهذب، باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره ٩: ٢٧٥ دارالفكر

(٢) الموطأ للإمام محمد، باب الرجل يكون له العطايا أو الدين على الرجل فيبيعه، ص ٢٦٦

(٣) بدائع الصنائع ٥: ١٤٨

(٤) الإنصاف للمرداوى، ٥: ١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بعرْض، كان ببيّنة، أو مُقراً به، أولم يكن...برهانُ ذلك أنّه بيعُ مجهولٍ، ومالايُدرى عينُه... ورُوِّينا من طريق وكيع، نازكريا بن أبى زائدة قال: " سُئل الشعبىّ عمّن اشترى صكّاً فيه ثلاثةُ دنانير بشِرب، قال: لايصلُح. قال وكيع: وحدثنا سفيان عن عبدالله بن أبى السّفر عن الشّعبىّ قال: هو غرر. "[1]

أمّا المالكيّة، فالأصلُ عندهم عدمُ جواز بيع الدَّين من غير المدين، ولكنّهم أجازوا ذلك بشروط لخّصها الزُّرقانىّ رحمه الله تعالى بقوله:

" ومُنِع بيعُ دَينٍ على حاضرٍ، ولو ببيّنة، إلاّ أن يُقِرّ، والدَّينُ ممّا يُباعُ قبل قبضه، وبيعَ بغير جنسه، وليس ذهباً بفضّة، ولاعكسَه، وليس بين مشتريه ومَن عليه عداوة، ولاقصدُ إعناتِه. فلا بدّ من هذه الخمسة شروط. "[2]

والحاصل أنّ بيعَ الدَّين من غير المدين يجوز عند المالكيّة بشروط آتية:

الأوّل: أن يكون المدينُ حاضراً، أى فى البلد، وإن لم يكن حاضراً فى مجلس العقد. فإن كان غائباً، لم يجُز، ولو قرُبت غَيبتُه.

الثّانى: أن يكون المدينُ مُقِراً بالدَّين.

الثّالث: أن يكون الدَّين شيئاً يجوز بيعُه قبل قبضه عند المالكيّة. فإن كان الدَّينُ طعاماً، لم يجُز بيعه إلى غير المدين، لأنّه لايجوز بيعُه قبل قبضه. وبما أنّ المالكية يجوّزون البيعَ قبل القبض فى غير الطّعام، فإن كان الدَّينُ غيرَ الطّعام، جاز بيعه

---

(۱) المحلى لابن حزم ۹: ٦

(۲) شرح الزرقانى على مختصر خليل، ۳: ۸۳

www.besturdubooks.wordpress.com



عندهم إذا توافرت الشُّروط الأخرى.

الرّابع: أن يُباع الدَّينُ بغير جنسه، فإن كان الدّين قطناً، فلا يجوز بيعه بالقطن. وزاد الدّسوقيّ أنّه إن كان من جنسه، فلابدّ من التّساوى.(١)

الخامس: أن لايُباعَ دَينُ الذّهب بالفضّة، أو بالعكس، لكونه صَرْفاً، وانعدم فيه التّقابض.

السّادس: أن لايكون بين المَدين ومشترى الدَّين عداوة، حتىّ لايكونَ فى البيع إعناتٌ للمدين بتمكين عدُوّه منه. وزاد الدسوقيّ عليها شرطين آتيين :

الثّامن: أن يكون الثّمنُ نقداً، وهو ظاهرٌ، لأنّ المبيعَ إن كان دَيناً، ولم يكن الثّمن نقداً، صاربيعَ الدَّين بالدَّين، وقد مرّ امتناعه. ولكن أوضح الدّسوقيّ رحمه الله تعالى معنى كونه "نقداً" بأنّ: "المراد بالنّقد ما ليس مضموناً فى الذّمّة، ولاشكّ أنّ المعيّن ومنافعَه ليست مضمونةً فى الذّمّة، لأنّها لاتقبل المعيّنات، فهى نقدٌ بهذا المعنى، وليس المرادُ بالنّقد المقبوضَ بالفعل."(٢)

التّاسع: أن يكون المديونُ مَن تأخذه الأحكام، ليمكنَ تخليصُ الحقّ منه عند القاضى إذا امتنع عن الأداء.

ثمّ إن كان أصلُ الدَّين موثّقاً برهن أو كفالة، فإنّ الرّهن والكفالة لايدخُلان فى البيع بمجرّد العقد. وإن اشترطا ذلك فى البيع، ففيه تفصيل يُراجع له الحطّاب رحمه الله تعالى.(٣)

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣: ٦٣ ولا يتأتى هذا فى النقود لما سيأ تى أنه يجب أن لايكون صرفا.

(٢) الدّسوقيّ ٣: ٦٣

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤: ٣٦٨ فصل فى علة طعام الربوا

www.besturdubooks.wordpress.com

١٥١- مذهب الشافعيّة فی بيع الدين

أمّا الشّافعيّة، فقد اختلفت عنهم الرّواياتُ فی بيع الدَّين من غير المدين. فعلی بعض الرّوايات لايصحّ إطلاقاً، وفی بعضها يصحّ بشرط أن يقبِض مشتری الدَّينِ الدَّينَ ممّن هو عليه، وأن يقبضَ بائعُ الدَّين العوضَ فی المجلس، فإن تفرّقا قبل قبض أحدهما بطل العقد.[1]

وهذا الشّرط يؤول إلی عدم الجواز، لأنّ الدَّين متی قُبض فی المجلس لم يبقَ دَيناً. ولكنّ كثيراً من علماء الشّافعيّة الّذين جوّزوا بيعَ الدَّين من غير المدين، لم يذكروا هذا الشّرط، مثل الشّيرازیّ فی متن المهذّب. و قال الشّربينی الخطيب رحمه الله تعالی:

"وصرّح فی أصل الرَّوضة باشتراط قبض العوضين فی المجلس، وهذاهو المعتمد، وإن قال المطّلب: مقتضی كلام الأكثرين يخالفه."[2]

ومنهم من وفّق بين القولَين بأنّ شرطَ القبض فی المجلس محلُّه إذاكان الدَّينُ وعوضُه من الأموال الرّبويّة، وإطلاقُ الجواز محلُّه فی غير الرِّبويّات. ولكن ردّه الشّربينیّ والرملیّ رحمهما الله تعالی بأنّ مَن قيّد الجواز بالقبض جاء بمثالِ غير ربویّ، وهو العبد.[3] فالظّاهر أنّ عندالشّافعيّة فی ذلك ثلاثة أقوال، الأوّل: عدمُ الجواز مطلقاً، والثّانی: الجوازُ مطلقاً، والثّالث: الجوازُ بشرط التّقابض فی المجلس،

---

(١) روضة الطالبين للنووی،٣: ٥١٤ والتهذيب للبغوی ٣: ٤١٧ والمجموع شرح المهذب، كتاب البيوع، باب ما نُهي عنه من بيع الغرر وغيره ٩: ٢٧٥

(٢) مغنی المحتاج ٢: ٧١

(٣) مغنی المحتاج ٢: ٧١ ونهاية المحتاج ٤: ٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com



والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنشأ الخلاف فى موضوع بيع الدَّين من غير مَن هو عليه أنَّ مَن جعل الدَّينَ مستورَ العاقبة من حيثُ إنّه لايُعلم هل يحصُل أم لا، جعل بيعَه من بُيوع الغرر، ومَنعَه بتاتاً، كالحنفيّة والحنابلة والشّافعيّة فى أحد قوليهم، ومَن زعمَ أنّ الدَّينَ متى وُثّق بإقرار المدين الحاضر، صار كالمتيقّن حصولُه، فإنّه أجازَه بشروط كالمالكيّة. والظّاهرُ أنّ مذهبَ الجمهور أقوى دليلاً، لأنّ المُقِرّ بالدَّين لا يُقِرّ إلاّ بشُغل ذمّته بالدَّين، ولايستلزمُ ذلك تيقّنَ أداء الدَّين، فكم من مدينٍ لايُبالى بالأداء، ويُماطل رغمَ اعترافه بالمديونيّة، وكم من مُقِرٍّ يرجعُ عن إقراره، فيلجأُ الدّائنُ إلى الخصومة، فلا يُمكن القولُ بتيقّن الحصول بمحض إقرار المدين، فصار غرراً.

١٥٢– الأوراق الماليّة المعاصرة

وقد راج اليومَ بيعُ الأوراق الماليّة فى الأسواق. وهِى أوراقٌ تُمثِّل حقَّ حاملها فى تسلُّم مبلغٍ من المال فى تاريخٍ لاحق. وإن كان هذا الاصطلاحُ ربّما يُطلق على أسهم الشّركات أيضاً، ولكنّنا سوف نتناولُ حُكمَها إن شاء الله تعالى فى الشّرط السّادس لصحّة البيع، وهو كونُه معلوماً. ولذلك المقصودُ هُنا الأوراقُ الماليّةُ الّتى تُمثّل ديناً على مُصدِرها لصالح حاملِها. وقد شاع فى الأسواق الماليّة أنّ حاملَ هذه الأوراق الّذى هو الدّائنُ الأصيلُ تجاهَ مُصدِرها، ربّما يبيع هذه الأوراقَ فى السّوق، ليحُلّ مشتريها محلَّ الحامل الأوّل، ويحِقّ له أن يحصُل على الدَّين المكتوب على الورقة.

وبما أنّه بيعٌ للدَّين من غير مَن هو عليه، فيتّضح حكمُه بما ذكرناه فى بيع الدَّين من

www.besturdubooks.wordpress.com

غير المدين. وإنّ هذه الأوراق على أنواعٍ كثيرةٍ نذكُر منها أنواعاً:

١٥٣- الجامكيّة

قد ذكر الفقهاءُ المتأخّرون نوعاً منها تُسمّى "الجامكيّة". وهى عبارةٌ عن ورقةٍ كانت تُصدَر من بيت المال، أو من ناظرالوقف، لصالح رجلٍ له حقٌّ مالىٌّ على بيت المال أوالوقف. وهى كلمة معرَّبةٌ من الكلمة الفارسيّة "جامكى" وهى مأخوذة من "جامه" بمعنى الثّوب، وكانت موضوعةً فى الأصل لأجرةٍ تُدفع إلى من يحفَظ الثّياب، ثمّ أُطْلِقت على كل أجرةٍ أوراتب.[١] وفسّره فى "المنجد" بمرتَّبِ خدّام الدّولة من العسكريّة والمِلكيّة، وذكر أنّ أصله تركىٌّ، وجمعه جوامك.

وقد أفتى الفقهاء من الحنفيّة والحنابلة بأنّ بيعَ الجامكيّة لايجوز، لكونه بيعَ الدَّين من غير مَن عليه.[٢] وأجازه الحطّاب من المالكيّة، فقال:

"بخلاف الجامكيّة، فإنّ المِلكَ محصّلٌ فيها لمن حصل له شرطُ الواقف. فلاجَرَم صحّ أخذُ العوض بها وعنها"[٣]

ولا يخفى أنّ جوازَ هذا البيع عندهم مشروطٌ بأن يكون بيعُه بخلاف جنسه. وإن كان بجنسه، فلا بدّ من التّساوى، وأن لايكون صَرْفاً لانعدام التّقابض، كما مرّ التّصريحُ بذلك فى عبارة الزرقانىّ والدّسوقىّ رحمهما الله تعالى. وأمّا الشّافعيّة، فبما أنّ

---

(١) لغت نامه ده خدا ١٦: ٩٧

(٢) ردالمحتار، مطلب فى بيع الجامكية ١٤: ٦٠ فقره ٢٢٢٦٨ وكشاف القناع للبهوتى ٣: ١٥٦ وقدسماه بيع العطاء

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤: ٢٢٤ طبع ١٣٩٨ فى سياق تعريف البيع

www.besturdubooks.wordpress.com



الأقوالَ عندهم مختلفةٌ فى بيع الدَّين، فالظّاهر أنَ بيعَ الجامكيّة يختلفُ حكمُه حسبَ تلك الأقوال. ولكنّهم ذكروا جوازَ التّنازل عنها، وليس ذلك من بيع الدَّين، وإنّما هو نزولٌ عن الوظيفة بصفةٍ مستقلّة لقاءَ عوضٍ ماليّ. قال الشّبراملسىّ بعد ماذكر جواز النّزول عن الوظائف:

"ومن ذلك الجوامكُ المقرّر فيها، فيجوز لمن له شيئٌ من ذلك، وهو مستحِقٌ له، بأن لايكونَ له مايقومُ بكفايته من غير جهة بيت المال النّزولُ عنه، ويصير الحالُ فى تقرير مَن أسقط حقَّه له موكولاً إلى نظرِ مَن له ولايةُ التّقرير فيه، كالباشا، فيقرّر مَن رأى المصلحة فى تقريره من المفروغ له أو غيره."[1]

وحاصلُه أنه لو كان لرجلٍ عطاءٌ فى بيت المال يحصُل عليه كلَّ شهر، جاز له أن ينْزِل عنه فى حقّ غيره للأبد، ويأخذَ عوضاً عن ذلك، ولكنَّ المنْزولَ له لايستحقُ العطاءَ بمجرّد نزول الأوّل، بل مُفادُ نزوله أنّه تزول مزاحمة النّازل له فى ذلك العطاء. ثمّ يصير الأمرُ موكولاً إلى من له ولايةُ التّقرير. وهذا خارجٌ عن مسئلة بيع الدَّين.

١٥٤ – السندات (Bonds)

السّنداتُ الّتى تُسمّى "بوند" نوعٌ من الأوراق الماليّة الرّائجة فى السُّوق الرأسماليّة. وهى وثيقةٌ يُصدِرها المديونُ لمقرضه اعترافاً منه بأنّه استقرض من حاملها مبلغاً معلوماً يلتزم أداءَه فى وقتٍ معلومٍ مع زيادةٍ ربويّة، وإنّ هذه السّندات ربمّا تُصدرها الشّركات المساهمةُ التّجارية أو الصّناعيّة حينما تحتاج إلى اقتراض مبالغَ كبيرةٍ

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج، آخر مبحث الجعالة، ٥: ٤٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com

لإنجاز مشاريعها، وتَعْرِضُها على الجمهور. وربّما تُصدَرُ هذه السّندات من قِبل الحكومات الّتى تَريد أن تُموّل عَجز ميزانيّتها، فتقترض من الجمهور. وإنّ هذه السندات تُصدر بمبلغ معلوم، مثل مائة ألف، وذلك بطريقين: الأوّل أنّ السّند يعترف بأنّ مُصدره قد استقرض من حامله مائة ألف، وإنّ الحامل يستحقّ عليها فائدة ربويّة قد تكون متعيّنة عند الإصدار، وقد تكون مرتبطة بسعر الفائدة. ثمّ إنّ الفائدة الربويّة تُدفع إلى حامل السند بصفة دوريّة، وتُسمّى هذه السندات "سندات ذات كوبون" (Coupon bonds) لأنّ دفعات الفوائد الربويّة كانت فى مبدأ الأمر على أساس الكوبونات (الملاحق) للسند. وعند حلول أجل السند يحصل الحامل على قيمة السّند الاسميّة، وهي مائة ألف في المثال المذكور.

والطريق الثانى لإصدار السندات أنّها تُصدر بمبلغ معلوم، مثل مائة ألف، ولكنّها تُباع للمستثمرين بحسمٍ يُمثّل الفائدة الرّبويّة. فسند مائة ألف مثلاً يُباع للمستثمرين بتسعين ألفاً، فمن حصل على هذا السّند بدفع تسعين ألفاً، يستحقّ عند نهاية المدّة مائة ألف، فكأنّه أقرض تسعين ألفاً حالاً، وحصل على مائة ألف مؤجلة. وتُدفع هذه المائةُ ألف مرّة واحدة عند نهاية مدّة السّند. وتُسمّى هذه السّندات "سندات ذات الكوبون الصفريّ"(Zero coupon bond) لأنّه ليس فيه دفعات دوريّة، بل يستحقّ الحامل القيمة الاسميّة للسّند فى نهاية مدّته.

وإنّ هذه السّندات تُباع فى السّوق وتُشترى بثمنٍ يتراضى عليه الطّرفان. وهو يبيعه فى السُّوق بمائةٍ وخمسة، ليحصُل المشترى على مائة وعشرة عند الأداء.

ولاشكّ أنّ هذه معاملاتٌ ربويّة محرّمةٌ شرعاً. ولكن هل يجوز بيعُ هذه السّندات

www.besturdubooks.wordpress.com

بمثل قيمتها، أي بمائة ألف في المثال المذكور؟

والجواب أنّ شراء السّندات ذات الكوبون الصّفريَ التى تصدر بالحسم لايجوز، ولو بقيمته الاسميّة، لأنّ عشرة آلاف من قيمته تُمثّل الفائدة الربويّة، ومعنى شراءه من حامله أنّ المشتريَ يدفع إليه الفائدة الربويّة نيابةً عن مُصدره.

وأمّا السندات ذات الكوبون، إن اشتُريت بنيّة الحصول على قيمته الاسمية فقط، دون الفوائد، مثل أن يكون رجل قد حصل على مثل هذا السّندالربويّ، ثمّ وفقه الله تعالى للتّوبة، فامتنع عن أخذ الفوائد الدّوريّة، وأراد أن يبيعه إلى رجل متمسّك بالدين، ليحصل على مبلغ الدّين عند حلول الأجل، دون المطالبة بالفوائد الدوريّة، فيتأتّى فيه مسئلةُ بيع الدَّين الّذى مرّ تفصيله، فيجُوز عند المالكيّة بالشُّروط المذكورة، وكذلك عند بعض الشّافعيّة. أمّا عند الحنفيّة والحنابلة، فلا يجوز ذلك، ولو بمثل قيمتها الإسميّة، لأنّه بيعُ الدَّين من غير مَن هو عليه. ولكن يجوز ذلك بطريق الحوالة بجميع شروطها، وذلك بأن يقترضَ حاملُ السّند من رجلٍ مائةً، ثمّ يُحِيلُه على مُصدر السّند. ويتأتّى فيه الخلافُ المعروفُ فى مسئلة توى الحوالة. فيجوز للمحتالِ عند الحنفيّة أن يرجعَ على المحيل إذا تويت الحوالة، ولايجوز ذلك عند الأئمّة الثّلاثة.[1]

١٥٥ـ السندات ذات الجوائز (Prize Bond)

وقد تُصدر سنداتٌ للقرض، بدون التزام دفع الفوائد الربويّة إلى كلّ حامل للسّند، ولكن يلتزم المصدر أنّه يوزّع جوائز على حاملى السندات على أساس القُرعة على أرقام السندات بعد كلّ فترة، مثل ثلاثة أشهر، فكلّ رقم فاز فى القرعة يُعطى حامله جوائز

(١) راجع المغنى لابن قُدامة ٥: ٥٨ وفتح القدير ٦: ٣٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

غاليةً. وإنّ مثل هذه السندات تصدر عادةً من قبل الحكومة.

وقد زعم بعض المعاصرين جواز مثل هذه الجوائز على أساس أنّ الحكومة لا تشترط إعطاء زيادة لأحد من المقرضين حاملى السند، فالعقد مع كلّ واحد من حَمَلة السند عقد قرض بدون فائدة. ثمّ إنّها تُعطى الجوائز تبرّعاً على أساس القرعة، فلا يلزم منه الرّبوا. ولكنّ هذا الاستدلال غير صحيح:

أمّا أوّلاً، فلأنّ الحكومة تلتزم بتوزيع الجوائز على حَمَلة السّند، فالزّيادةُ على مبلغ القرض وإن لم تكن مشروطةً لكلّ واحد من المقرضين، فإنّها مشروطةٌ تجاه مجموعة المقرضين، لأنّ الحكومة تلتزم علناً عند إصدار السندات أنّها توزّع هذه الجوائز. وإنّ التّوزيع مفروضٌ عليها بحكم القانون، بحيثُ إن امتنعت من توزيعها، استحقّ كلّ حامل للسند أن يُطالبها بتوزيع الجوائز قانوناً. وقد شرحتُ هذه المسئلة بتفصيل فى رسالتى " أحكام الجوائز "[1]

١٥٦ – الكمبيالة (Bill of Exchange)

"الكمبيالة" وثيقةٌ يكتبها المشترى فى غالب الأحوال لصالحِ البائع فى بيعٍ مؤجّل، يعترف بها أنّ الثّمن وجب فى ذمّته، وأنّه يلتزم أداءَه فى تاريخ آجل. وإنّ حلولَ هذا التاريخ الآجل يُسمّى فى الاصطلاح نُضج الكمبيالة (Maturity) وإنّ البائعَ (حاملَ الكمبيالة) ربّما يُريد استعجالَ الحصولِ على مبلغها، فلا ينتظر إلى تاريخ نُضْج الكمبيالة، بل يبيعُها إلى طرفٍ ثالث. والرّائجُ فى السُّوق الرأسماليّة أنّ مشتريَ الكمبيالة يشتريها بأقلّ من قيمتها الاسميّة، ويُسمّى هذا البيعُ "حسمَ الكمبيالة" أو

---

(١) بحوث فى قضايا فقهية معاصرة، للمؤلف ٢: ١٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com



"خصم الكمبيالة" (Discounting) والعادةُ فى سُوق الأوراق الماليّة أنّ مقدار الحَسْمِ نسبةٌ من مبلغ الكمبيالة تُحدَّد على أساس مُدّة نُضْجها، فكلّما كانت مدّةُ النُّضج، أى موعد الأداء، أكثرَ، كان مبلغُ الحسم أكثر، وبالعكس.

وظاهرٌ أنّ حَسْمَ الكمبيالةِ بهذا الطَّريق تعامُلٌ ربوىٌّ لايجوز بحال. أمّا إذا بيعتِ الكمبيالةُ بقِيمتها الاسميّة، فيتأتّى فيه كلُّ ما ذكرنا فى حكم بيع الجامكيّة. وسيأتى مزيدُ التّفصيل لحكم الكمبيالة وبدائلها المشروعة فى مبحث "خطاب الاعتماد" إن شاء الله تعالى.

قد أُنشئت فى سوق الرّأسماليّة شركاتٌ تشترى من الشّركات أو البنوك جميعَ ديونها فى ذمّة عُملائها، وتتحمّل مخاطرَ التّحصيل، وذلك بأقلّ من إجماليّ قيمة الدّيون، وتُسمّى :Factoring companies ونشاطُها كلّه مبنيّ على بيع الدّيون وهو ممنوعٌ شرعاً.

وكذلك ما يُسمّى فى السّوق الرأسماليّة: forfeiting وهو بيعُ دَينٍ ناشئٍ عن بعضِ تعامُلات الجهة البائعة، مثل أن تبيعَ الشّركةُ رُبعَ ديونها فى ذمّة المتعاملينَ معها. والفرقُ بين Factoring و forfeiting هو أنّ فى الأوّل تُباع جميعُ الدّيون، وفى الثّانى بعضُها، وبما أنّه بيعٌ للدَّين بأقلّ من قيمته الاسميّة، فإنّه تعاملٌ ربويٌّ بحت، لاسبيل إلى جوازه.

١٥٧- بيع راتب التقاعد (Pension)

العادةُ فى الوظائف الحكوميّة وبعض الشركات أنّ الموظّفين بعد تقاعُدهم من وظيفتهم يَستحقّون مبلغاً يُسمّى راتِبَ التقاعد (pension) يُدفع إليهم شهريّاً طَوال

www.besturdubooks.wordpress.com

حياتهم . وربّما يُريد الموظَفُ المتقاعد أن يتعجّل مجموعَ المبالغ المتوقّعة فى المستقبل، فيبيعُ راتبَ التّقاعد من طرفٍ ثالثٍ بثمنٍ معجّل، ليحُلَّ المشترى محلّه فى تقاضى الرّاتب الشهرىَ من الحكومة، أو الشّركة المؤجرة. ولا يخفى أنَ هذا البيعَ ممنوعٌ شرعاً لاشتماله على الغرر، فإنّه لايُعرَف كم يبقى البائعُ حيًّا ويستحقَ الرّاتب، فالمبيع مجهولُ القدر، ولكونه رباً إذا بيع بنقد، لأنّه مجازفةٌ فى بيع نقدٍ بنقد.

وقد تعرِض الجهةُ المؤجرة على الموظّف مبلغاً معلوماً يتعجّله، ليتنازلَ عن حقّه فى الدُّفعات الشّهريّة، ويُسمّيه العامّة بيعاً، وليس ببيعٍ حقيقة، وإنّما هو مصالحةٌ من الفريقين. فإن اعتبرنا راتبَ التّقاعد تبرّعاً من قِبَل المؤجر، كما هو رأيٌ لبعض الفقهاء المعاصرين، فهو استبدالُ تبرّعٍ موعود بتبرّع عاجل، فليس فيه محظور.[1]

ولكن هناك رأيٌ آخر للمعاصرين، يميل إليه قلبى، أنَ راتب التّقاعد ليس تبرعاً، لأنّه من جملة شروط التّوظيف، والموظّف يستحقَ مطالبته قانوناً، وإن وظائف الحكومة بصفة خاصّة لها قانون يفرض راتب التقاعد عموما. فهو من قبيل الأجرة المؤجّلة. ولو كان تبرعاً، لم يجز للموظّف مطالبته فى القضاء.

ويُشكل عليه أنّه إن كان من الأجرة، فإنّه مجهول، لأنّه لايُعرف كم سيحيى الموظّف بعد التّقاعد. وأجيب عنه بأنَ هذه الجهالة لاتُفضى إلى النّزاع، لأنَ القانون ضبطها بضوابط، وأصبح ذلك عُرفاً عامّاً، و لايحدُث فيه نزاع. فهذه الجهالة مغتفرة، مثل

(١) وبه أفتى الشيخ محمود حسن الكنكوهى رحمه الله تعالى فى الفتاوى المحمودية ٤: ١٧٨ وقاسه على بيع العرايا، وكذلك أفتى الشيخ رشيد أحمد اللديانوىَ رحمه الله تعالى فى أحسن الفتاوى ٦: ٥٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

أجرة دخول الحمّام وما سيأتي من جواز طعام البوفيه. وعلى هذا، فإن عَجّلت الجهةُ المؤجرة مبلغاً معلوماً، فإنّه تغييرٌ للأجرة المؤجّلة بتراضي المتعاقدين.

ويُستأنس لذلك بما أخرجه البخاريّ عن نافع أنّ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم عامل خيبر بشَطْر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فكان يُعطي أزواجه مائةَ وسق، ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير، فقسم عمرُ خيبرَ، فخيّر أزواجَ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أن يُقطع لهنّ من الماء والأرض، أو يُمضي لهنّ، فمنهنّ مَن اختار الأرض، ومنهنّ مَن اختار الوسق. وكانت عائشة اختارت الأرض.[1]

وكان لأمّهات المؤمنين حقٌّ واجب لهنّ طُولَ حياتهنّ فى ثمار خيبر بعد وفاة النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم،[2] كما أنّ راتبَ التّقاعد حقّ واجب للموظّفين طول حياتهم، فصالحت عائشة رضي الله تعالى عنها على الأرض بدل الأوسق السّنويّة، فدلّ على جواز صلح الموظّفين على أخذ شيئ مرّة واحدة.

وربّما يُشكل عليه أنّ أمهات المؤمنين صالَحن على غير جنس حقّهنّ، فإنّ حقّهنّ كان فى أوسق تمر وشعير، وصالَحن على الأرض. أمّا فى راتب التّقاعد، فإنّه صلحٌ على النّقود بالنّقود. ويُمكن أن يُجاب عنه بأنّ الاستدلال بفعل أمهات المؤمنين فى

---

(١) صحيح البخاري- كتاب الحرث والمزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، حديث ٢٣٢٨

(٢) لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تقتسم ورثتى دينارا ولا درهما. ما تركتُ بعد نفقة نسائى ومؤونة عاملى، فهو صدقة." أخرجه البخاري، باب نفقة القيّم للوقف، حديث ٢٧٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com



أنّهن صالَحْن عن حقٍّ مجهول القدر، لأنّ قدر الأوسق المصروفة إليهنّ طوال حياتهنّ لم يكن معلوما، وكذلك أجرة التّقاعد مجهولة القدر. ولا يدخُل فى "ضع وتعجّل"، لأنّ محلّه إذاكان الدّينُ المؤجّلُ معلوماً، فإنّ الدّين إن كان مجهولاً، لايُمكن أن يُقال إنّ الدّائن وضعه مقابل التّعجيل. والصُّلح عن حقّ مجهول جائز فى النّقود أيضاً، مثل ما إذا كان على رجلٍ دينُ نقود، ولايعرف أحد من الدّائن والمدين قدرَه وأجله، فيجوز أن يتصالحا على قدرٍ بتراضيهما. وذكر ابن عابدين رحمه الله تعالى عن غاية البيان عن شرح الكافى:

"ولوكان لرجل على رجل دراهم لايعرفان وزنها، فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز، لأنّ جهالة المصالَح عنه لا تمنع من صحّة الصّلح، وإن صالحه على دراهم، فهو فاسد فى القياس، لأنّه يحتمل أن بدل الصّلح أكثر منه، ولكنّى أستحسن أن أجيزه، لأنّ الظّاهر أنّه كان أقلّ ممّا عليه، لأنّ مبنى الصّلح على الحطّ والإغماض، فكان تقديرهما بدل الصّلح بشيئ دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقلّ ممّا عليه، وإن كان قدر ما عليه بنفسه."[1]

ويدلّ على جواز الصلح بحقوق مجهولة حديثُ عليّ رضي الله عنه حين بعثه النّبيُّ صلّى الله عليه وسلم ليُصلح بين بني خزيمة[2]، وذلك أنّه صلّى الله عليه وسلم بعث أولاً خالدَ بنَ الوليد، فقَتَل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسّجود، فدفع صلّى الله عليه وسلّم

(١) ردالمحتار، كتاب الصلح، فصل فى دعوى الدين ٥: ٦٣٩

(٢) كذا فى المطبوع من فتح القدير ٦: ٣٩، والصّحيح "جذيمة" كما جاء فى سيرة ابن هشام ٢: ٤٢٨ وما بعدها، ودلائل النبوّة للبيهقيّ ٥: ١١٣ وما بعدها، وتاريخ الطبري رحمهم الله تعالى ٣: ٦٦ وما بعدها.

www.besturdubooks.wordpress.com



إلى عليّ مالًا فوداهم حتى ميلغة[1] الكلب، وبقي في يده مالٌ، فقال: هذا لكم ممّا لا تَعلمون ولا يعلمُه صلّى الله عليه وسلّم، فبلغ ذلك رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فسُرّ به." والله سبحانه أعلم.

١٥٨- بيع الدَّين تبعاً

قد راج فى عصرنا أنّ تاجرًا من التجّار يبيع مَتْجَره بكلّ مالَه وماعليه بثمنٍ إجماليّ. ويحِقّ للمشترى أن يتسلّم الدّيونَ الآجلةَ فى ذمّة العُملاء عند حلول آجالها، وتكونُ له، ولايردُّها إلى البائع. وهذا يتضمّن بيعَ تلك الدّيون تَبعا لأعيان المتجر. ومثلُ ذلك يقع عندما يقتسم شركاءُ تجارةٍ واحدة، فتشمل القسمةُ الدّيونَ أيضاً. وقد يكونُ ذلك فى مصلحة المتعاقدين، فإنّهما يُريدان أن يفرُغا من البيع أو القسمة مرّة واحدة، دون أن يُتابعا تحصيلَ الدّيون إلى مدّة حلولها الّتى قد تكون طويلةً. فهل يجوز ذلك شرعاً؟

ولاشكّ أنّ الحاجةَ داعيةٌ إلى ذلك، لاسيَّما فى المتاجر والشّركات الكبيرة، وخاصّةً فى المؤسّسات التّجاريّة الّتى تعملُ كشخصيّةٍ معنويّة، فإنّ الدّائنَ فيها تلك الشّخصيّة المعنويّة، وإنّ الملاّك القُدامى للمؤسّسة لايتمكّنون من تقاضى الدُّيون بأسماءهم الشّخصيّة، كمالايتمكّنون من التّقاضى باسم الشّخصيّة المعنويّة، لأنّها خرجت من أيديهم، بخلاف الملاّك الجُدُد، فإنّهم يتمكّنون من ذلك. وبالتّالى، فإنّ الدّيونَ قابلةَ التّحصيل فى هذه المؤسّسات الكبيرة ربّما تكون كثيرةً وطويلةَ الآجال، ومتابعتُها من

---

(١) فى النّهاية لابن الأثير رحمه الله تعالى: "هي الإناء الذي يلغ فيه الكلب، يعني أعطاهم قيمة كل ما ذهب لهم، حتى قيمة الميلغة."

www.besturdubooks.wordpress.com

قبل الجهة البائعة من الصّعوبة بمكان.

وهناك ملاحظُ مختلفةٌ لمعالجة هذه القضيّة أعرِضها فيما يلى ليتأمّل فيها العلماء المعاصرون، والله سبحانه وتعالى هوالموفّق:

١ـ حينما تُباعُ مؤسّسةٌ تجاريّة لها ديونٌ على الآخرين، فالأحسنُ أن يكون الثّمنُ النّقدُ مقابلَ الأعيان والنّقود الحاضرة فقط، بشرط أن يكون الثّمنُ أكثرَ من النّقود الحاضرة، على أصل مسئلة مُدّ عجوة عند الحنفيّة. ثمّ يبيعُ المشترى إلى البائع عيناً أو أعياناً بثمنٍ يساوى مبلغَ الدُّيون، ويُحِيلُه على غُرماءه. فبهذا يحِقُّ لمشترى المؤسّسة أن يتسلّم الدّيونَ من الغرماء، وتكونُ له، دونَ أن يحتاجَ بائعُ المؤسّسة إلى متابعتها. وهذا طريقٌ لاغُبار عليه من النّاحية الفقهيّة. وهو مثلُ ماذكره الفقهاء فى تخارج الورثة إن كان فى التّركة دين. جاء فى الفتاوى الهنديّة:

"فإن طلبوا أن يجوزَ هذا الصُّلح على أن يكون نصيبُها (أى المرأة المتخارجة من الميراث) من الدَّين للوارث، فطريقُ ذلك أن تشتريَ المرأةُ (المصالِحة) عينًا من أعيان الوارث بمقدارِ نصيبِها من الدَّين، ثمّ تُحيلُ الوارثَ على غريم الميّت بحصّتها من الدّين، ثمّ يعقدون عقدَ الصُّلح بينهم، مِن غير أن يكون ذلك شرطاً فى الصُّلح. كذا فى الظهيرية."[١]

وجاء فى متن الهداية:

"وإذا كان فى التَّركة دَينٌ على النّاس، فأدخلوه فى الصُّلح على أن يُخرجوا المصالِح عنه ويكونَ الدّين لهم، فالصُّلحُ باطل."

---

(١) الفتاوى الهنديّة، كتاب الصلح، باب ١٥ ج ٤ ص ٢٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

ثم ذكر صاحب الهداية حيلتين للجواز، ثمّ قال:

" والأوجهُ أن يُقرضوا المُصالِحَ مقدارَ نصيبه، ويُصالحوا عمّا وراءَ الدَّين، ويُحيلُهم على استيفاء نصيبه من الغرماء."[١]

ولكن ينبغى أن تطبّق عليه أحكام الحوالة، ومنها عند الحنفيّة الرّجوعُ على المحيل فى حالة توى الحوالة.

٢ـ الطّريق الثّانى: أن يقع البيعُ على الأعيان فقط. أمّا الدّيونُ القابلة للتّحصيل، فيَهَبُها البائعُ من المشترى، ويُسلّطه على قبضها. وهبةُ الدّين من غير المديون لايجوز عند الحنابلة وعند الشّافعيّة.[٢] وذكر فقهاء الحنفيّة مثلَ ذلك، إلاّ أنّهم قالوا: إنّ هبةَ الدَّين من غير مَن هو عليه يجوزُ بشرط أن يُسلِّطَ الدّائنُ المشتريَ على قبضه، فيصيرُ الموهوبُ له مالكاً لها بعد القبض. جاء فى الدّرّالمختار:

" تمليكُ الدَّين ممّن ليس عليه الدَّينُ باطلٌ إلاّ فى ثلاث: حوالة، ووصيّة، وإذا سلّطه أى سلّط المملّك غيرَ المديون على قبضه، أى الدَّين، فيصحّ حينئذ."[٣]

وإنّ الفقهاء استعملوا هُنا كلمة "التّسليط"، دون التّوكيل، والظّاهرُ فى الفرق بينهما أنّ الوكالة عقدٌ ثُنائيٌّ لايتمّ إلاّ بالإيجاب والقبول من الطّرَفين، ويجب أن يتمّا فى مجلس

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصلح، فصل فى التخارج ٧: ٤١٠

(٢) المغنى لابن قدامة، كتاب الهبة ٦: ٢٥٧ والمجموع شرح المهذب، كتاب الهبات ١٥: ٣٧٦

(٣) ردالمحتار، كتاب الهبة ٥: ٧٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد. أمّا التّسليط، فهو التّمكينُ بالإذن، ويمكنُ أن يتمّ من طرفٍ واحدٍ فقط. ولذلك عبّر عنه في جامع الفصولين بالإذن. ونصُّه: "هبةُ الدّين ممّن ليس عليه لم تجزْ إلاّ إذا وهبه، وأذن له بقبضه."(١) وقال في البحر عن المحيط:

"ولووهب دَيناً له على رجل، وأمره أن يقبِضه، فقَبَضه، جازت الهبةُ استحساناً، فيصير قابضاً للواهب بحكم النّيابة، ثمّ يصيرُ قابضاً لنفسه بحكم الهبة. وإن لم يأذن له بالقبض، لم يجُزْ."(٢)

وقال الرّافعيّ رحمه الله تعالى:

"الظّاهرُ من عباراتهم عدمُ التّوقف على الإذن في المجلس، فإنّهم إنّما شرطوا لصحّة الهبة الإذنَ، ولم يشترطوا أن يكون في المجلس."(٣)

فعلى كلٍّ، إنّما تتمّ الهبةُ بعدما يقبِضُ المشتري مبلغَ الدّين من المديون. وذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّ مقتضاه أنّ للواهب عزلَ الموهوب له عن التّسليط قبلَ القبض. ولكن ذكر في الأشباه عن الواقعات الحُساميّة: أنّه يجوز له أن يقبضَ الدّنانيرَ مكانَ الدّراهم، لأنّ الحقّ صارله، وأنّ مقتضاه عدمُ صحّة الرّجوع عن التّسليط.(٤) وقال الرّافعيّ: "وهو أيضاً مُنافٍ لكونه وكيلاً قابضًا للموكّل، ثمّ لنفسه."(٥)

---

(١) جامع الفصولين ٢: ٢١٦ فصل ٣٤

(٢) نقله ابن عابدين في ردالمحتار، أول كتاب الهبة ٥: ٦٨٧

(٣) التحرير المختار ٥: ٢٥٠

(٤) الأشباه والنظائر مع شرح الحمويّ، الفنّ الثالث، أحكام الديون ٣: ١٥٤

(٥) التحرير المختار ٥: ٢٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com



وهذا على مذهب الحنفيّة. أمّا المالكيّة، فيجوز عندهم هبةُ الدَّين من غيرِ المدين مطلقاً. قال الموّاق رحمه الله تعالى:

"من المدوّنة...ولوكان دينُه على غيرك فوهبه لك، فإن أشهد بذلك، وجمَعَ بينك وبين غريمه، ودفع إليك ذِكرَالحقّ إن كان عنده، فهو قبض. وإن لم يكن كتب عليك ذِكرَ الحقّ وأشهد لك، وأحالك عليه، كان ذلك قبضاً. وكذلك إن أحالك به عليه في غَيْبَته، وأشهد لك وقبضتَ ذِكْرَ الحقّ، كان ذلك قبضاً، لأنّ الدَّين هكذا يُقبَض. ليس هو شيئاً بعينه... وقال ابن شاس: هبةُ الدّين تصحُّ كما يصحّ رهنُه. ثمّ قبضُك قبضُه في الرّهن، مع إعلام المديان بالهبة."[1]

٣_الملحظ الثّالث: أنّ بيعَ الدُّيون في هذه الحالة ليس مقصوداً، وإنّما دخلت في البيع تبعاً، وقد يجوز تبعاً مالا يجوز أصلاً. قال الإمام الكرخيّ رحمه الله تعالى:

"الأصلُ أنّه قد يثبُت الشّيئُ تبعاً وحكماً، وإن كان يبطُل قصداً. من مسائله... لو باع عبداً، دخل أطرافُه في المبيع تبعاً، وكذا هواءُ الدّارفي بيع الدّار، وكذا الشِّربُ في بيع الأرض. ولو باع الأطرافَ قصداً، والهواء، والشِّرب، لم يصحّ. ونظائرها كثيرة."[2]

ومن أبرز أمثلته ما قدّمناه في مسئلة بيع الثّمار من أنّه إذا بيعت جميعُ أثمار الشّجر أو البُستان حين ظهر بعضُها ولم يظهر بعضُها، فإنّه لايجوز البيعُ إلاّ فيما ظهر في مذهب

---

(١) التاج والإكليل للموّاق بهامش الحطّاب، كتاب الوقف والهبة ٦: ٥٢

(٢) أصول الكرخيّ مع تأسيس النظر للدبوسي ص ٦٢ طبع كراتشي

www.besturdubooks.wordpress.com

الشافعيّة والحنابلة، وفى ظاهرمذهب الحنفيّة، لأنّ مالم يخرُج معدوم. ولكن أفتى شمس الأئمة الحلوانىّ رحمه الله تعالى بأنّه لو كان الخارجُ أكثر، جاز البيع فى الجميع، وبه أفتى الإمام الفضلىّ، بل يظهر من عبارته أنّه لايشترط كونَ الخارج أكثر، بل يجعل الموجودَ أصلاً فى البيع ومايحدث بعدذلك تبعاً له. وبه أفتى ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى فى فتاواه.[1] وقال ابنُ الهمام بعدذكر فتوى الفضلىّ: "وقدرأيتُ روايةً فى نحو هذا عن محمّد رحمه الله تعالى، وهو بيع الورد على الأشجار، فإنّ الورد متلاحق، ثمّ جوّز البيع فى الكلّ بهذا الطّريق، وهو قول مالك رحمه الله."[2]

فجُوّز البيعُ هُنا فى المعدوم تبعاً للموجود. فإن كان المعدومُ يصلُح أن يكون تبعاً للموجود، فما كان فى ذمّة المدين المقرّ أولى أن يكون تبعاً للمبيع الحاضر عند الحاجة. ولكن يجب على قول الحنفيّة أن يكون الثّمنُ أكثرَ من قيمة الدّيون، قياساً على مسئلة مُدّ عجوة، حتىّ لايستلزمَ التّفاضلَ فى النّقود بالنّقود.

وربّما يُشكل عليه أن التّابع إنما يلحق بالأصل إن لم يستلزم الرّبا أوشُبهتَه. فلو كان ثمنُ الدَّين مساوياً لمبلغ الدّين عند العقد، فلا يُدرى قدرُ الدّين الّذى سوف يُستوفى فعلاً، فلو هلك بعضُ الدَّين، فات التّساوى بين الثّمن ومبلغ الدَّين. ولايجوز المجازفة فيما لايجوز فيه التّفاضل. ولذلك اشترط المالكيّة لجواز بيع الدّين أن يكون الثّمنُ من غير جنس الدّين، وممّا لايُشترط فيه التّقابض. ولذلك لم يُجوّزوا

---

(١) فتاوى ابن نجيم بهامش الفتاوى الغياثية، ص١١٣

(٢) فتح القدير ٥: ٤٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com



التّخارُجَ ممّا يَستلزم بيعَ النّقد بالنّقد إلى أجل.[1] نعم! يجوز هذا الوجهُ إن كان الثّمنُ من غير جنس الدّين عند المالكيّة ممّا لايُشترط فيه التّقابض. وصورتُه أن يُعتبر بيعُ أعيان المتجر بالنّقود، وبيعُ ديونه تبعاً بعينٍ من الأعيان.

٤ـ الملحَظ الرّابع: أنّ المؤسّساتِ التّجاريّةَ اليومَ تُعتَبر شخصيّةً معنويّة، ونظيرُ بيعها بيعُ العبد وله مال. وقد ثبت عن الرّسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال:

"من ابتاع عبداً، فمالُه للّذى باعه إلاّ أن يشترط المبتاع."[2]

وقد أخذ به المالكيّة على إطلاقه. فقال الإمام مالك رحمه الله تعالى:

"الأمر المجتمعُ عليه عندنا: أنّ المبتاعَ إن اشترط مالَ العبد فهو له، نقداً كان، أوديناً، أوعرضاً، يعلم أو لايعلم، وإن كان للعبد من المال أكثرُ ممّا اشتُريَ به، كان ثمنُه نقداً أوديناً أو عرضاً."[3]

ولكنّ هذا مبنيٌّ على مذهبه أنّ العبدَ يملك المال، ولو كان من حقّ المولى أن ينتزعَه منه. قال الباجيّ رحمه الله تعالى:

"يُريد أنّ اشتراطَ المبتاعِ هذا المالَ لايُفسد العقد، بأن يكونَ المالُ المشترَطُ عيناً أكثرَ ممّا اشتُريَ به من العين، أو يكون ديناً مؤجّلا فيُشترى بالدّين، أو بالنّقد، أو يكونَ المشترَط من المال مجهولاً عند المتبايعين، أو أحدِهما، لأنّ

---

(١) المدوّنة الكبرى، كتاب الصلح، رسم من مصالحة المرأة من مَورثها من زوجها ٣: ٣٧٨

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن عمر، وهذا لفظ مسلم. رقم ٣٨٧٩

(٣) موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب مال المملوك إذا بيع.، مع الاستذكار لابن عبد البر ١٩: ٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

ما اشتُرط من ذلك ليس بعوضٍ فى البيع، فيؤثّرَ فيه الفسادُ بشيئٍ ممّا ذكرناه، لأنّ المبتاعَ لم يشترِطه لنفسه، وإنّما اشترطَ بقاءَه على مِلك العبد، فليس بعوضٍ فى البيع."(١)

وعلى هذا، فإنّ مسئلتنا لا تدخل فى بيع العبد وله مال على مذهب المالكيّة، ولكن يُمكن تخريجُه على مذهب الحنابلة إذا قصد المشترى شراءَ العبد دون المال، واشترط المال تبعاً. يقول ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"ومعناه أنّه لايقصد بالبيع شراء مال العبد، إنّما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره فى يده. فمتى كان كذلك، صحّ اشتراطُه ودخل فى البيع به، سواءٌ كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثّمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواءٌ كان مثل الثّمن، او أقلّ، أو أكثر. قال البتّيّ: إذا باع عبدا بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبةُ المبتاع فى العبد لا فى الدراهم، وذاك لأنه دخل فى البيع تبعا غير مقصود... فأما إن كان المال مقصودا بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وأن لا يكون بينه وبين الثّمن ربا."(٢)

والظّاهر عند بيع مَتجر أنّ المقصود بالشّراء هو المتجر ومافيه من الأعيان والمنافع، وليس المقصودُ الدّيونَ. فينطبق عليه هذا الشّرط، ويجوز أن يؤخذ بمذهب الحنابلة فى ذلك، فإنّه أيسرُ وأوفى لحاجات التّجار فى مثل هذه البيوع، وقد وقع التّصريح

---

(١) المنتقى للباجيّ، كتاب البيوع، باب ماجاء فى مال المملوك ٣: ٣٦٠

(٢) المغنى لابن قدامة، باب المصرّاة ٤: ٢٥٥

www.besturdubooks.wordpress.com

فى عبارة ابن قدامة السابقة بأنّ مال العبد إن كان ديناً، فإنّه يدخل فى البيع تبعاً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

أمّا على مذهب الحنفيّة والشّافعيّة، فإنّ إدخالَ مالِ العبد فى بيع العبد يخضع عندهم لجميع شروط البيع، ومنها أن لايلزم منه الرّبا وبيعُ الدَّين من غير مَن هو عليه.[١] وسيأتى تفصيل الكلام على ذلك فى باب الربوا ومسائل مدّ عجوة إن شاء الله تعالى.

١٥٩- الشّرط السادس
أن يكون المبيعُ معلوماً

والشّرط السّادس المتعلّق بالمبيع أن يكونَ متعيّناً معلومًا. وهذا شرطٌ لصحّة البيع، لا لانعقاده. فيفسُد بيعُ المجهول جهالةً مفضيةً إلى المنازعة، لأنّه داخلٌ فى بيع الغرر كما قدّمناه فى الشّرط الخامس. فإن زالت الجهالةُ فى المجلس، عاد البيعُ صحيحاً، والجهالةُ قد تكون فى جنس المبيع، وقد تكونُ فى تعيينه.

١٦٠- الجهالة فى جنس المبيع

أمّا الجهالة فى الجنس، فمثلُ بيع الحصاة الّذى نهى عنه النّبىّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم،[٢] وفسّره ابنُ الأثير بقوله: "قيل: هو أن يقول: بعتُك من السّلع ما تقع عليه حصاتُك إذارميتَ."[٣] فالسّلعةُ غيرُ معلومٍ جنسُها، فضلاً عن تعيينها.

---

(١) فتح البارى، كتاب المساقاة، ٥: ٥٠ و ٥١ والاستذكار لابن عبدالبر ١٩: ٣٥ وتكملة فتح الملهم، باب من باع نخلا عليها ثمر ١: ٢٧٥

(٢) عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، رقم ٣٧٨٣

(٣) جامع الأصول لابن الأثير، ١: ٥٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

١٦١- الجهالة فى تعيين المبيع

وأمّا الجَهالة فى التّعيين، فإنمّا تمنع صحّةَ البيع إن كان المبيعُ تتفاوتُ آحادُه، مثل أن يقول البائع: "بعتُك شاةً من هذا القطيع" فإنّ الشّاةَ غيرُ متعيّنة، مع التّفاوت الفاحش بين شاةٍ وشاة، فلا يصحّ البيع. أمّا إذا كان المبيعُ ممّا لاتتفاوت آحادُه تفاوتاً مُفضياً إلى النّزاع، فلا يجبُ تعيينُه، مثل أن يقول البائع: "بعتُك قفيزاً من هذه الصُّبرة من الحنطة" جاز البيع.[١] وللمشترى الخيارُ فى أخذ أيّ قفيزٍ من الصُّبرة.[٢] ومعنى جواز البيع فى هذه الصورة أنّ البيعَ لزم فى قفيز واحد، وانتقل ملكُه إلى المشترى لاعلى التّعيين، ويتعيّن المبيعُ المملوكُ بتعيينه، كما هو الحُكم فى خيار التّعيين، ولكن لاينتقل ضمانُه إلى المشترى إلاّ بعد تعيينه وقبضه.[٣] فإذا هلك فى يد البائع قبل التّعيين، بطل البيع، لهلاك محلّ العقد.

وعند بعض الشافعيّة يُحمل هذا البيعُ على حصّة مُشاعة من الصُّبرة. فإذا علما أنّها عشرةُ آصُع، فالمبيعُ عُشرُها. فلو تلِف بعضُها، تلِف بقَدْره من المبيع. وعندهم قولٌ آخر، وهو كقول الحنفيّة، أنّ المبيعَ صاعٌ منها، أيُّ صاعٍ كان، فيبقى البيعُ مابقيَ صاعٌ واحد.[٤] يعني: إن هلك من الصُّبرة شيئٌ، يهلِك من مال البائع، ويجبُ عليه أن يُعطيَ المشتريَ صاعاً ممّا بقي. ولو هلك الكلُّ قبل التّسليم فسد البيع، ولا شيئَ على المشترى.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٩ وردالمحتار ١٤: ١٤٦ فقره ٢٢٣٧٥ والمغنى لابن قدامة ٤: ٩٣ و٩٤ والدّسوقي ٣: ١٧

(٢) الهداية مع فتح القدير ٥: ٤٧٣ و٤٧٤

(٣) وكون المشترى يضمن عند هلاك المبيع بيده فى خيار التعيين لكونه مقبوضاً له.

(٤) شرح المحلى على المنهاج مع حاشية القليوبى ٢: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى هذا، ظهر أنّ المشتريَ لو اشترى كمّيّةً غيرَ معيّنة من مخزن يحتوى على كمّيّة أكثرَ منها ممّا لاتتفاوت آحادُه، صحّ البيعُ، ولكن لايتمّ القبضُ إلاّ بعد التّعيين، ولو أتاحَ البائعُ للمشترى أن يقبضَ على الكمّية المشتراة متى شاء.

ثمّ إنّ عدمَ التّعيين فى المبيعات المتفاوتة إنّما يُفسد البيع إن لم يكن مقروناً بخيار التّعيين. فإن كان البيعُ شُرط فيه خيارُ التّعيين، مثلَ أن يقول البائع: "بعتُك شاةً من هذه الثّلاثة على أنّ لك الخيارَ فى تعيينها خلالَ ثلاثة أيّام." جاز البيعُ عند الحنفيّة والمالكيّة، ولصاحبِ الخيار الحقُّ فى تعيينه. وسيجيئ تفصيلُ أحكام هذا الخيار فى مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

١٦٢-الجهالة فى قدر المبيع

أمّا معرفةُ مقدار المبيع، فشرطٌ لصحّة البيع إن كان البيعُ بمقدار، بأن يقعَ البيعُ كيلاً، أووزناً، أو عدداً. فيجبُ أن يُعرف مقدارُ المبيع. أمّا إذا وقع البيعُ بالإشارة أو بالتّعيين، فلا يجب معرفة المقدار. مثالُ الإشارة أن يقول البائع: "بعتُ منك هذا القطيعَ من الغنم، أوهذه الصُّبرةَ من الطّعام بكذا" ولايُعرَف عددُ الغنم فى الأوّل، وكيلُ الطّعام أووزنُه فى الثّانى، جازالبيع، وهو ما يُسمّى "البيع مجازفة" ويجوز بشرط أن لايكون مبادلةً بين الرّبويّات، لأنّ المجازفة فيها لاتجوز. وسيجيئ تعيين الربويّات فى باب ربا البيع إن شاء الله تعالى.

ومثالُ التّعيين أن يقول البائع: "بعتُ منك أرضيَ الفُلانيّة" ولا يعرف المشترى ذَرْعها، جاز البيع. جاء فى الفتاوى البزّازيّة:

"اشترى أرضاً، وذكر حدودها، لا ذَرْعَها طُولاً وعرضاً جاز...وإن لم يذكر

www.besturdubooks.wordpress.com

الحدود ولم يعرفه المشترى جاز البيع إذا لم يقع بينهما تجاحد."[١]

والظّاهرُ أنّه فيما إذا كانت الأرضُ معروفةً بأنها للبائع فى منطقة معروفة، وإلاّ فالجهالةُ فاحشةٌ تمنع صحّة البيع. وقد ذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّ الجهالةَ الفاحشةَ فى قدرِ المبيع مُفسدة. فلو باعه جميعَ ما فى هذه القرية، أو هذه الدار، والمشترى لايعلم ما فيها، لايصحُّ لفحش الجهالة. أمّا لو باعه جميعَ ما فى هذا البيت، أو الصُّندوق، أوالجُوالق، فإنّه يصحّ، لأنّ الجهالة يسيرة. هذا إذا كان المبيعُ يحتاج إلى التّسْليم والتّسلُّم. أمّا إذا كان لايحتاج إلى ذلك، فإنّه يصحّ بدون معرفة قدرالمبيع، كمن أقرّ أنّ فى يده متاعَ فلانٍ غصباً أو وديعةً، ثمّ اشتراه من مالكه، جاز وإن لم يعرف مقدارَه.[٢]

١٦٣- البيع على البَرْنامِج

وقد ذكر الفقهاءُ بيعاً يُسمّى "البيع على البرنامج". والبرنامِج بفتح الباء وكسرالميم، وقيل: بفتحها، معرّبٌ من الكلمة الفارسيّة: "برنامه"، وهو دفترٌ مكتوبٌ فيه أوصافُ ما فى العِدل من الثّياب المبيعة، لتُشترى على تلك الصّفة بدون حَلّ العِدل. وقد أجازه الفقهاء بالرّغْم من أنّ المبيعَ غيرُ مُشاهَد، وكمّيّةُ الثّياب غير معلومة، وقد عقد الإمام مالك رحمه الله تعالى لذلك باباً فى موطأه. وذكر الدّردير رحمه الله تعالى أنّه إنّما أجيز للضّرورة. وقال الدسوقيّ تحته:

"أى لِمافى حَلّ العِدْل من الحرج والمشقّة على البائع من تلويثه، ومؤنة

---

(١) الفتاوى البزازيّة بهامش الهنديّة ٤: ٣٧٢

(٢) ردالمحتار، كتاب البيوع، ١٤: ١٠٤ فقره ٢٢٣١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

شَدّه، إن لم يرضَه المشترى، فأُقيمت الصِّفةُ مقامَ الرُّؤية."[١]

وقد ذكر الإمام محمّد رحمه الله تعالى جوازَه فى سياق جواز البيع مجازفةً، فقال:

"أرأيتم رجلاً انتهى إلى رجلٍ، ومعه عِدْلُ ثياب، فقال صاحبُ العِدل: ماأدرى كم فيه ثوباً، وإن فتحتُه فعددتُه، أضرَّ ذلك بِعدل، وقد هلك البرنامج، أما ينبغى أن يجوز بيعُ هذا أبداً حتّى يُفتح ويُعدّ؟ فهذا جائز."[٢]

ولكنّ البيع إنما يلزم عند الجمهور إذا وُجد المبيعُ موافقاً للصّفات المذكورة فى البرنامج. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: "ذلك لازمٌ لهم إذا كان المتاعُ موافقاً للبرنامج الذى باعهم عليه. وهذا الأمر الّذى لم يزل عليه النّاس عندنا يُجيزونه بينهم إذا كان المتاعُ موافقاً للبرنامج، ولم يكن مخالفاً له."[٣]

فإن وُجد المبيعُ مخالفاً للصّفات المذكورة فى البرنامج، فللمشترى الخيارُ بالإجماع، ويُسمّى "خيارالخُلف". أمّا إذا وُجد المبيع موافقاً للصّفات المذكورة، فلا خيارَ للمشترى، ولزمه البيع عند مالك والجمهور. وقياسُ قول الإمام أبى حنيفة فى بيع الغائب أن يكون له خيارُ الرُّؤية.

١٦٤- بيع العُلَب المعبّأة

وعلى هذا يُخرّج بيع العُلَب المعبّأة فى عصرنا، فإنّ المبيعَ المقصودَ من البيع غيرُ

(١) الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٣: ٢٤

(٢) الحجة على أهل المدينة للإمام محمد ٢: ٧٣٠

(٣) موطأ الإمام مالك، البيع على البرنامج، مع أوجز المسالك ١١: ٣١٥و٣١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مشاهَد فيها، وإنّما يشتريها المشترى اعتماداً على ما كُتب عليه، أوعلى ما بيّنه المشترى شفاهاً. وكذلك البضائعُ المعبّأةُ فى الكراتين لاتُشاهَد عند البيع، ولكن يُعرف نوعُها ووصفُها، إمّا بالإفصاح عنها بالكتابة على الكرتون، وإمّا بكون اسمها أو علامتِها التّجاريّة تُنبئ عن هذه الأوصاف. فالظّاهرُ أنّ حكمَه مثلُ البيع على البرنامج. فإن وجد المشترى ما فى العُلبة أو الكرتون مخالفاً للصّفات مخالفةً جوهريّةً، فله الخيارُ بالإجماع. أمّا إذا وجده موافقاً للصّفات، فالبيع لازمٌ عليه عند المالكيّة والحنابلة والشّافعيّة فى وجه، وهو قول محمّدبن سيرين، وأيّوب، والعنبريّ، وإسحاق، وأبى ثور. وقياسُ أصل الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن يثبُت له خيار الرّؤية، وهو وجهٌ عند الشافعيّة أيضاً.[١]

ولكنّ إثبات خيار الرؤية فى بيعِ الغُلَب المعبّأة، بالرّغم من كون المبيع موافقاً للصّفات الّتى اتّفق عليها المتبايعان فيه ضررٌ شديد للبائع، لأنّه لايُمكنه بيعُ ذلك الشّيئ إلى آخر بعد فتح العُلبة، وتعبئتُه مرّةً أخرى من الصّعوبة والتّكلفة بمكان، ومثلُ هذا الحَرج مرفوعٌ فى الشّريعة الغرّاء. وفى مثل هذا أفتى علماءُ مجلّة الأحكام العدليّة بإلغاء خيارِ الرّؤية فى الاستصناع إن أتى الصّانع بالمصنوع موافقاً للصّفات المتّفق عليها.[٢] فالظّاهر أنّ التّعليل الّذى ألجأ فقهاءَ المجلّة إلى نفي خيارالرؤية فى الاستصناع ينطبق تماماً على مثل هذا البيع، والله سبحانه أعلم.

(١) راجع لهذه المذاهب المغنى لابن قدامة، صحة البيع بالصفة ٤: ٨٣

(٢) راجع المادة ٣٩٢ من مجلّة الأحكام العدليّة، وتعليله فى مقدمة المجلّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٦٥- بيع المشاع

وكون المبيع مُشاعاً لايُنافى معلوميّته، فيجوز بيعُ حصّةٍ مُشاعةٍ من بناءٍ، أو أرضٍ، أوعروض، بشرط أن لا يستلزمَ ضرراً على الشّريك الّذى لم يبِعْ حصّته. وهذا ممّا اتّفق عليه المذاهبُ الأربعة. قال الحافظ ابنُ تيميّة رحمه الله تعالى: "يجوز بيعُ المشاع باتّفاق المسلمين، كما مضت بذلك سنّةُ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، مثل قوله الّذى فى صحيح مسلم: "أيُّمارجلٍ كان له شِرْكٌ فى عَرْضٍ أوربعة أو حائط، فلايحلّ له أن يبيعَه حتى يُؤذِن شريكَه "[(١)]

وجاء فى المادّة ٢١٥ من مجلّة الأحكام العدليّة:

"يصحّ بيع الحصّة المعلومة الشّائعة بدون إذن الشّريك."

وقال العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى فى شرحه:

"ثمّ إنّ هذه المادّةَ ليست على إطلاقها، بل يُستثنى منها فصلان: الأوّل: بيعُ أحد الشّريكين حصّتَه من مالٍ مشتركٍ بينهما بسبب الخلْط، فإنّه من الأجنبيّ لا يجوز إلاّ بإذن الشّريك، وذلك بأن يخْلِط رجلان بفعلهما مالَيهما، فيتعذّر تمييزُ أحدهما عن الآخر، كحنطةٍ بحنطة، أوجوز بجوز، أو لوزٍ بلوز، أو يتعسّر كحنطةٍ بشعير، لأنّ كلَّ حبّةٍ تكونُ مملوكةً لأحدهما بجميع أجزاءها ليس للآخر منها شيء، فإذا باع نصيبَه من غير الشّريك، لا يقدرُ على تسليمِه إلاّ مخلوطاً بنصيب الشّريك، فيتوقّف على إذنه، بخلاف

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٩: ٢٣٣

www.besturdubooks.wordpress.com

بيعِه من الشّريك للقدرة على التسلّم والتّسليم. ومثلُه الاختلاط بلا صُنعٍ من أحدهما، بأن انشقّ الكِيسان، فاختلط ما فيهما. وهذا بخلاف ما إذا كان الخلْطُ بفعل أحدهما بدون إذن الآخر، فإنّ الخالطَ يملك مالَ الآخر، ويكونُ مضموناً عليه بالمثل للتّعدّي، وبخلاف ما إذا كان الشّركةُ بينهما ابتداءً بأن اشتريا حنطةً، أو ورثاها، فإنّ كلَّ حبّةٍ تكونُ مشتركةً بينهما، فبيعُ كلٍّ منهما نصيبَه شائعاً جائز، ولو من الأجنبيّ بلا إذن الشّريك اهـ ملخّصاً من الفتح والبحر والدّرّ المختار وحواشيه."[١]

ولقد توسّع الفقهاءُ في جزئيّات بيع المشاع، حتىّ أنّه عُدّ من مشكلات المسائل، وقد ذكر الأتاسيَ رحمه الله تعالى جمُلةً من هذه الجزئيّات. والمناطُ فيها، كما قال هوبنفسه، حصولُ الضّرر للبائع، أوالمشترى، أوالشّريك، ويظهر ذلك من عباراتهم صراحةً أودلالة. وعليه فما أُمِن فيه من الضّرر جاز بيعُه، وإلاّ فلا. وليُراجَع شرحُ المجلّة للتّفصيل.

١٦٦- بيع قطعة غير معيّنة من الأرض

وقد تُباع قطعةٌ من الأرض مقدّرة بالخطوات أو الأمتار، ولكن يُترك تعيينُها للمستقبل. وهذا يكون عادةً في أرض واسعة تشتريها شركة، ثمّ تبيع قطعاتها لعامّة النّاس تُقدّر بالخطوات أو الأمتار. فمثلاً: كلّ قطعة منها بقدر خمسمائة متر، ولكن لايتعيّن محلّ تلك الخمسمائة عند الشّراء. وإنّما يتعيّن حسب التّصميم الّذى تعمله الشّركة فيما بعد. فالسؤال: هل يصحّ هذا البيع على أنّه بيع حصّة مشاعة من تلك الأرض الواسعة؟ وهل

(١) شرح المجلة للعلامة خالد الأتاسي رحمه الله تعالى، ج٢ ص ١٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

يجوز لمن يشتريها أن يبيعها إلى آخر؟

وتُخرّج هذه المسئلة على ما ذكره الفقهاء الحنفيّة من أنّ من باع عشرة أذرع غير معيّنة من دار، فإنّ هذا البيع فاسد عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لجهالة القدر المبيع، فإنّ جوانب الدّار مختلفة الجودة، فتقع المنازعة في تعيين المبيع. وقال صاحباه: يجوز ذلك على أساس أنّه بيعٌ لحصّة مُشاعة من الدّار، وبيع المشاع جائز. ثمّ فسّر بعضُ الفقهاء قولهما بأنّه يصحّ البيع عندهم على أساس الشّيوع بشرط أن يُعلم مقدارُ جملة الدّار. ولكن قال آخرون: قولهما لا يقتصر على تلك الصّورة، بل الصّحيح أنّه يجوز البيع عندهما، وإن لم يكن مقدارُ الكلّ معلوماً، لأنّ هذه جهالةٌ بيدهما إزالتُها.[1]

وعلى هذا، فإنّ بيع قطعة غير معيّنة من جملة القطعات لا يجوز عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ويجوز عند صاحبيه. والظّاهرُ أنّه إن كانت جهالة التعيين تُفضي إلى المنازعة، فالأخذ بقول الإمام أبي حنيفة أولى، وإن لم تكن مفضيةً إلى المنازعة، فقول الصّاحبين أولى بالأخذ.

وينبغي أن يكون قول الشّافعيّة مثل قول الصاحبين فيما إذا عُلم مقدار الكلّ، لأنّ عندهم قولاً في بيع ما لا تتفاوت آحادُه، مثل الحنطة، أنّه إن اشترى قفيزاً واحداً من الصُّبرة، فإنّ الشّراء يُعتبر لحصّةٍ مُشاعةٍ من الصُّبرة. قال جلال الدّين المحلّيّ رحمه الله تعالى في شرح المنهاج:

---

(١) البحر الرائق، كتاب البيوع، قبيل فصل يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدّار ٥: ٤٨٧ و ٤٨٨

www.besturdubooks.wordpress.com

"ويصحّ بيعُ صاعٍ من صُبرةٍ تُعلم صيعانُها للمتعاقدين، وينزل على الإشاعة. فإذا علما أنّها عشرةُ آصُع، فالمبيعُ عُشرها، فلو تلِف بعضُها، تلِف بقدره من المبيع."[1]

ولكن هل تُعتبر قطعات الأرض بمختلف جوانبها ممّا لايتفاوت آحاده، فيه نظر. والظاهر أنّه حينما تُباع قطعةٌ من الأرض فى الصّورة المذكورة، فإنّها تُقوّم على أساس محلّ وقوعها، فإنّ القطعة الواقعة على شارع عامّ ثمنُها مختلفٌ عن القطعة الّتى ليست على شارع عامّ، وكذلك القطعةُ الّتى هيَ فى أحد طرفي المجمّع قيمتُها أعلى من ثمن القطعة الّتى هيَ فى وسطه. فإن تعيّن محلّ وقوعها وثمنُها بهذا الطّريق، فإنّه يُمكن أن تُعتبر ممّا لايتفاوت آحاده، فيجوز هذا البيع على قول الشّافعيّة والصّاحبين، وكذلك ينبغى أن يجوز لمَن اشتراه أن يبيعه إلى آخر على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى، لأنّه يُجوّز بيع العقار قبل قبضه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٦٧– بيع أسهم الشّركات

ومن قبيل بيع المشاع بيعُ أسهم الشّركات المساهمة (Joint Stock Companies). والطّريقُ المتّبَع فى إنشاء الشّركات المساهِمة أنّ المنشئين للشّركة، بعد الحصول على رُخصةٍ من الجهات الرّسميّة المعنيّة، يُصدِرون نَشرةً (Prospectus) يذكُرون فيها مقاصدَ الشّركة المقترَحة، ونوعَ النّشاطات التّجاريّة الّتى يُريدون الدّخولَ فيها،

(١) شرح المنهاج للمحلّيّ مع القليوبى وعميرة ٢: ١٦١

www.besturdubooks.wordpress.com

وإنّ هذه النّشرةَ تدعو النّاس إلى أن يُساهموا فى إنشاء هذه الشّركة. وذلك بأنّهم يُقسّمون رأسَ مال الشّركة فى أسهمٍ، كلُّ واحدٍ منها له قيمةٌ اسميّةٌ بمبلغٍ معيّن، مثل عشر روبيات. فإذا كان رأسُ المال المُصدَر (Issued Capital) عشرةَ ملايين مثلاً، فإنّ الشّركةَ تُصدِر مليونَ سهم. ويحقُّ للمساهمين أن يُقدّموا طلباً للمساهمة بما يشاؤون من أموال، فإن كانت الطّلباتُ أكثرَ من رأس المال المُصدَر، فيُعطى كلُّ واحد من طالبى المساهمة قدرٌ من الأسهم، إمّا بالاقتراع، وإمّا بالنّسبة والتّناسُب. فيكونُ لبعضهم ألفُ سهم، ولبعضهم ألفا سهم، وهكذا. وإنّ هذه العمليّةَ بالنّسبة لطالبى المساهمة تُسمّى "الاكتتاب" (Subscription). ومن قُبِل طلبُه للاكتتاب يُعطى ورقةً تُثبت أنّ حاملَها مُساهمٌ فى هذه الشّركة.[1] وكلُّ واحدٍ من حاملى السّهم يُعتبر عُضواً فى الجمعيّة العموميّة للشّركة الّتى لها السُّلطة العُليا فى اتّخاذ قراراتٍ أساسيّةٍ لإدارة الشّركة وتعيينِ نشاطاتها، وتعيين مجلس الإدارة وما إلى ذلك.

ثمّ إنّ الشّركةَ إن كانت رابحةً، فإنّها، بعد وضع حصّةٍ من الأرباح فى احتياطيّ، تُوزّع الأرباحَ على حَملة الأسهم بالنّسبة والتّناسب. وإنّ كلَّ حاملٍ للسّهم، له حقٌّ فى أن يبيعَ سهمَه إلى آخر، ليحُلّ المشترى محلَّه فى ملكيّة السّهم، وما يتعلّق بها من حقوق. وإنّ السّوق الّتى تُباعُ فيها الأسهم وتُشترى تُسمّى "البورصة" (Stock Exchange).

وقد اختلفت آراءُ المعاصرين فى تكييف هذه الأسهم. فذهب بعضُهم إلى أنّ هذه الأسهُمَ لاتُمثّل حصّةً مُشاعةً من موجودات الشّركة، وإنّما هى أوراقٌ ماليّة تُمثّل

---

(١) وفى بعض النّظم، لايُعطى المساهم ورقة أو شهادة، وإنّما يُسجّل اسمه فى حساب لدى جهة تُسمّى CDC

www.besturdubooks.wordpress.com

ثمنَ الشّركة في وقت تقديرها، ولاتمثّل رأسَ مال الشّركة عند إنشاءها، فهو بمثابة سندٍ لقيمة موجودات الشّركة.[1] والّذى حَملَهم على هذا التّكييف أنّ حملةَ الأسهم ليس لهم حقٌّ مباشِرٌ فى التّصرّف فى موجودات الشّركة، ولاحقُّ الخروجِ عنها إلاّ ببيع الأسهم فى السّوق. وبما أنّها، على هذا القول، تمثّل نقوداً، وليست حصّةً مُشاعةً فى موجودات الشّركة، تنطبق عليها أحكامُ بيع النّقود.

ولكنّ معظَم العلماء المعاصرين اعتبروا السَّهم ممثّلاً لحصّةٍ شائعةٍ فى موجودات الشّركة. وهو الرّاجح، لأنّ العُرْف يَعتبر حَمَلة الأسهم مُلاّكا للشّركة، وهُم الّذين تُوزَّع بينهم أرباحُها، وهم الّذين يتضرّرون بخسائرها، وهم الّذين يستحقّون ثمنَ الموجودات عند تصفيتها. أمّا أنّهم لايستحِقّون التّصرّفَ المباشِر فى موجودات الشّركة، فلأنّ لكلّ واحدٍ من الشُّركاء مِلكاً مُشاعاً فى جميع الموجودات، فليس لشريكٍ واحدٍ أن يستبِدّ بالتّصرّف فى ملكٍ مشترك. وقد اتّفق الشّركاءُ عند إنشاءِ الشّركة أنّ التّصرّف فى الموجودات إنّما يتمّ حسبَ قراراتِ مجموعِ الشّركاء الّذين تُمثّلهم الجمعيّةُ العموميّة، و مجلسُ الإدارة المخوّل بذلك من قبل الجمعيّة العموميّة. ومن هذه الجهة، فإنّ بيعَ السَّهم بيعُ حصّةٍ مُشاعةٍ فى موجودات الشّركة، وينطبق عليه أحكامُ بيع المشاع. وبذلك صدر قرارُمجمع الفقه الإسلاميّ، ونصُّه:

"إنّ المحلّ المتعاقَد عليه فى بيع السّهم هو الحصّةُ الشّائعة من أصول الشّركة. وشهادةُ السّهم عبارةٌ عن وثيقةٍ للحقّ فى تلك الحصّة."[2]

---

(١) تقيّ الدين النبهانى، النظام الاقتصاديّ في الإسلام ص١٧٣ دارالأمة

(٢) قرار رقم ٦٣ بشأن الأسواق الماليّة فى الدّرة السّابعة المنعقدة بجدّة فى شهر ذى القعدة ١٤١٢هـ فقره ٥

www.besturdubooks.wordpress.com

وقد ذهب بعضُ المعاصرين إلى عدم جواز بيع أسهم الشّركات، لأنّ مشتريَ السّهم لايعرف قدرَ الموجودات الّتى يمثّلها سهمٌ واحد. بل رُبّما لايعرف جنسَها. وهذه جهالةٌ فاحشةٌ تُفسد البيع. والّذين أجازوا بيعَ الأسهم أجابوا عن ذلك بأنّ موجوداتِ الشّركات مُعْلَنَةٌ منشورةٌ فى موازناتها، وبياناتِ مركزها المالىّ، فعِلْمُها الإجمالىّ مُتاحٌ لكلّ من يُريد أن يشتريَ أسهُمها. أمّا عِلمُها التّفصيلىّ، فلايُشترطُ لصحّة البيع، كبيعِ كلِّ ما فى هذا البيت الّذى سبق جوازُه. وهذا هو الأوجه.

وبجواز بيع الأسهم أفتى كثيرٌ من علماء الهند، مثلُ الإمام الشّيخ أشرف علىّ التّهانوىّ رحمه الله تعالى.[١]

ولكنّ هذا الجواز يخضع لجميع شروط البيع. فلو كانت الشّركةُ لم تَبدأ نشاطَها، وكانت موجوداتُها مقتصرةً على نقود، فإنّ أسهمَ تلك الشّركة لاتُمثّل إلاّ نُقوداً، فلو بيعَ السّهمُ بنقدٍ فى هذه الحالة، فإنّه لايجوز بيعُها بأقلّ أوأكثرَ من قيمتها الاسميّة، لأنّ التّفاضُل يؤدّى إلى الرّبا. وكذلك إن كانت الشّركة تجارتُها حراماً، مثل الشّركات الّتى تتعامل فى الخمر أو الخنزير، أو البنوك الرّبويّة، يحرُم تداولُ أسهمها.
أمّا إذا كانت الشّركةُ نشاطُها التّجاريُّ حلالاً، ولكنّها تُودِع فائضَ نقودها فى البنوك الرّبويّة، وقد تقترض منها قروضاًربويّة، فاختلفت أنظارُ الفقهاء المعاصرين فى جواز شراء أسهمِها. فقالت جماعةٌ من العلماء: إنّه لايجوز شراؤُ أسهمها، لأنّ حاملَ السّهم يشاركُ فى هذه العمليّات المحرّمة، فكان مثلَ شراء أسهم الشّركات الّتى نشاطُها التّجارىّ حراماً. وقال الآخرون: إنّ إيداعَ فائض النّقود فى البنوك الرّبويّة

(١) إمدادالفتاوى ٣: ٤٨٦ إلى ٥٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

عمليّةٌ منفصلةٌ عن نشاطها التّجاريّ، فلايؤثّر على أصل النّشاط، بشرط أن يكون قليلاً بالنّسبة إلى نشاطها الأساسيّ، وقدّره أكثرُ المجيزين أن يكون مثلُ هذا الإيداع أقلّ من ثلاثين في مائة بالنّسبة إلى قيمة موجوداتها، والعائدُ النّاتج منها أقلّ من خمسة في مائة من مجموع إيراداتها. وقالوا: إنّ حاملَ السّهم يجب عليه أن يرفع صوتَه في الجمعيّة العموميّة ضدّ الإقراض أو الاقتراض الرّبويّ، ولكن إذا رُفض صوتُه بالأغلبيّة، ودخل هذا الكسبُ المحرّم في أرباح الشّركة، فإنّه يجب عليه أن يتخلّص من هذا الكسب المحرّم بالتصدّق بما يُساوي حصّتَه من الإيراد الّذي دخل في الشّركة تبعاً من خلال هذا الإيداع.

أمّاعمليّةُ الاقتراض الرّبويّ، فحرامٌ بلاشكّ، ويأثَم بها فاعلُها، ولكنّ المبالغَ المقترَضة تدخلُ في مِلكه وضمانِه، فلايحرُم ما يكسِبه بها. وعلى حامل السّهم أن لايأذن مديري الشّركة بهذه التّعاملات الرّبويّة برفع صوته في الجمعيّة العموميّة. فإن امتنعوا فهو المقصود، وإن لم يمتنعوا، فلايُنسَب فعلُهم إلى حامل السّهم، لأنّ طبيعةَ الشّركة المساهمة مختلفةٌ من شركة الأشخاص من حيثُ إنّ القراراتِ في الشّركة المساهمة تُتّخَذ على أساس الأغلبيّة، وليس بإجماع الشّركاء، كما هو الحالُ في شركة الأشخاص. فلاتُنسب القراراتُ إلى حامل السّهم الّذي صرّح بإنكاره عليها. وإلى هذا يبدو ميلانُ شيخ مشايخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى.[1] والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثمّ إن كان اقتناءُ أسهم الشّركات جائزاً، انطبق على بيعِه وشرائه جميعُ الشّروط

---

(١) إمداد الفتاوى ٣: ٤٩١

www.besturdubooks.wordpress.com

الشّرعيّة لجواز البيع وصحّته. ولذلك لايجوز لأحدٍ أن يبيعَ أسهماً لايملكها، كما هو معمولٌ به في البورصات، فإنّ النّاسَ يبيعون أسهُماً لايملكونها، ويُسمّونها Short Sale وهو ممنوعٌ في الشّريعة قطعاً.

وكذلك يجبُ أن تكونَ الأسهمُ مقبوضةً لدى البائع قبل أن يبيعَها إلى آخر، وأن لايكونَ بيعاً مُضافاً إلى المستقبل، وأن لايستلزمَ محظوراً آخر، مثلَ الرّبا.

والبيوعُ الّتي تقعُ في بورصاتِ الأسهُمِ على نوعين: البيوع المستقبلة (forward sale) و"البّيوع الفوريّة"(spot sales) ولنتكلّم على كلّ واحد من هذين النّوعين بشيئ من التّفصيل:

١٦٨ – البيوع المستقبلة للأسهم (forward sales)

فأمّا البيوعُ المستقبلة، فالمراد منها البيوعُ المضافَة إلى المستقبل، بمعنى أنّ البائعَ فيها يعقد في يوم العقد بيعَ أسهم شركةٍ معيّنة في تاريخ لاحق. وفيه عدّةُ محظوراتٍ من النّاحية الشّرعيّة:

الأوّل: أنّه بيعٌ مضافٌ إلى المستقبل، وسيأتي (في شروط البيع الّتي ترجع إلى صُلب العقد) أنّه محظورٌ شرعاً في غير السّلم، وشروطُ السّلم منتفيةٌ في مثل هذا البيع.

الثّاني: أنّه يستلزم تأجيلَ البدلين، وبيعَ الكالئ بالكالئ، لأنّ ثمنَ البيع لايُدفعُ عادةً عند العقد، بل عند حلول التّاريخ المعقود عليه.

الثّالث: أنّ المبيعَ في معظم هذه العقود لايكونُ مملوكاً للبائع عند العقد. وفي معظم

www.besturdubooks.wordpress.com

الحالات، لايُقصد بهذا البيع تسليمُ المبيع وتسلّمُه، وإنّما ينتهى العقدُ بتسوية فُروق الأسعار، وهو نوعٌ من المضاربات والمقامرة.

وقد حاول بعضُ النّاس تخريجَه على أساس الوعد المُلزم. ولكنّه غيرُ صحيح، لما قدّمنا فى مبحث الوعد أنّ الأصلَ فى الوعد أنّه غيرُ لازمٍ قضاءً، ولكنّه قد يلزم قضاءً للحاجة العامّة، أو لدفع حرجٍ عامٍّ. ولاحاجةَ هُنا، لأنّ العقودَ المستقبلة فى الأسهم ليست ممّا تحتاج إليه التّجارة الحقيقيّة، بل إنّها تفتحُ بابَ المضاربات على أساس التّخمين (speculation) وإنّ مفاسدَها فى النّظامَ الاقتصاديّ واضحةٌ لاتحتاج إلى تدليل.[1]

١٦٩ – البيوع الفوريّة للأسهم (spot sales)

أمّا البيوع الفوريّة، فالطّريق المتّبَعُ فيها فى البورصات أنّ عند عقد البيع يُسجَّل فى كمبيوتر البورصة ما يُثبت هذا البيع، وتكون البورصةُ ضامنةً لأداء واجبات البائع والمشترى، ولكنّ البائعَ يُسلّم المبيع، والمشترى يؤدّى الثّمن فى وقتٍ لاحق يكونُ تحديدُه مختلفاً فى بورصات مختلفة، ففى بعضها يكون ذلك بعد ساعاتٍ من يوم العقد نفسه، وفى بعضِها يكونُ بعد يومٍ واحد، وفى بعضها بعد يومين، أو ثلاثة، ولايكونُ عادةً أكثرَ من ثلاثة أيّام. وإنّ فى هذا الوقت المحدّد من قِبل البورصة، تتمّ عمليّة التّسليم الّذى يُقال له: Delivery. والتّسليمُ فى الثّمن معناه أنّ المشتريَ يدفع الثّمن إلى البائع. أمّا تسليمُ الأسهم، فمعناه أنّ فى هذا الوقتِ يتمّ انتقالُ الأسهُم إلى

---

(١) وقد أوضحت بعض هذه المفاسد فى مقالتى الانكليزيّة Present Financial Crisis: causes and remedies from Islamic perspective والتى نُشرت ترجمته العربية باسم "أسباب الأزمة المالية وعلاجها فى ضوء الشريعة الإسلامية".

www.besturdubooks.wordpress.com

اسم المشترى فى دفاترِ الشّركة الّتى وقع بيعُ أسهُمِها. وعلى هذا، فإنّ هناك مسائلَ يجب تنقيحُها من النّاحية الفقهيّة:

المسئلة الأولى: أنّ التّسليم والتّسلّم لايقع فى بيع الأسهُم عند العقد، فإنّ البائعَ ربّما يبيعُ أسهماً ليس فى ملكه فى ذلك الوقت. وقد تقدّم أنّ ذلك لايجوز شرعاً.

المسئلة الثّانية: أنّه إن كانت الأسهم المبيعةُ فى ملك البائع عند العقد، ولكنّ التّسليم والتّسلّم لايقع فى بيع الأسهُم عند العقد، فهل يُعتبر ذلك تأجيلُ البدلين؟ والجواب: أنّه ليس من قبيل تأجيلِ البدلين، لأنّ البيعَ حالٌ بمعنى أنّ ملكَ الأسهُم ينتقلُ إلى المشترى فورَ تمام العقد، ويحقٌّ للبائع أن يُطالب بالثّمن فوراً، ولكن يتأخّر التّسليمُ لأسبابٍ إجرائيّة. وهذا مثلُ حَبس البائع المبيعَ إلى تسديد الثّمن، فإنّه بيعٌ حالٌّ، ولكن يتأخّر فيه التّسليم والتّسلّم.

المسئلة الثالثة: أنّ الّذى يجرى عليه العمل فى سوق الأسهم التّقليديّة أنّ المشتريَ بعد عقد شراء الأسهم، ربّما يبيعُ الأسهمَ المشتراةَ إلى شخص ثالث قبل موعد التّسليم (Delivery) فهل يُعتبر ذلك بيعاً قبل القبض، فلايجوز؟ فربّما يُظنّ أنّه ليس بيعاً قبل القبض، لأنّ معنى القبض أن تنتقل إلى المشترى حقوقُ المبيع والتزاماتُه، وأن يدخلَ المبيعُ فى ضمانه. وإنّ كلّ ذلك يحصُل بمجرّد عقد البيع الأوّل، حيثُ يُسجَّل هذا البيعُ فى الكمبيوتر، كما اعترف به أصحابُ البورصة. وإنّ ما يقع فى موعد التّسليم هُو تسجيلُ الملكيّة باسم المشترى فقط، وإنّ التّأخيرَ فى تسجيل المبيع باسم المشترى لايمنع من تمام القبض، كما أنّه يُمكن أن يشتريَ رجلٌ سيّارةً، ويقبضها، ولكن يتأخّر تسجيلها فى الجهات القانونيّة إلى وقتٍ لاحق، فلا يتوقّف

www.besturdubooks.wordpress.com

القبض على ذلك التّسجيل، بل يتحقّق القبض بدونه. فكذلك يتحقّق القبضُ في الأسهم قبل تسجيلها باسم المشتري في موعد التّسليم.

ولكنَّ الحقيقةَ، كما يظهر بالتّأمّل في ضوابط البورصة، أنّ الّذي ينتقل إلى المشتري عند العقد هو مِلكُ الأسهم فقط. أمّا القبض، فإنّه لايحصُل إلاّ عند موعد التّسليم. ويدلّ على ذلك دلائل آتية:

(١) قبضُ كلّ شيئٍ يكون بحسبه في عرف ذلك الشّيئ، كما تقرّر في الفقه. وإنّ عُرفَ البورصة والمتعاملين فيها أنّهم لايعتبرون الأسهمَ مُسلّمةً إلى المشتري إلاّ عند التّسليم الفعليّ الّذي يقع في موعده، ويُسمّونها تسليماً (Delivery) وإنّ هذا الاصطلاحَ فيه تصريحٌ بأنّ المشتريَ إنّما يتسلّم الأسهمَ عند ذلك، لاقبله، والتّسلّم هو القبض.

(٢) إنّ سهم شركة معيّنة يُمثّل حصّةً شائعةً في جميع موجودات الشّركة، كما تقدّم. وإنّ بيع الحصّة المشاعة جائز، ويتحقّق قبضُها بالتّخلية،[1] بأن يتمكّن المشتري من الانتفاع به أو من التصرّف فيه متى شاء. وإنّ هذا التّمكُّن لايحصُل لمشتري الأسهم إلاّ بعد التّسليم، لأنّه لايُعتبر حاملاً لأسهُم الشّركة قبل ذلك. ولهذا لو انعقدت الجمعيّة العموميّة قبل موعد التّسليم، فإنّه لايحقّ له أن يُصوّت فيها، لأنّه لم تعترف الشّركةُ بعدُ أنّه حاملٌ لأسهمها. وكذلك لو وُزّع ربحُ الشّركة، فإنّ الشّركةَ تُوزّعُها على البائع (المالك القديم)، وإن كان البائعُ يرُدّ ذلك الرّبحَ إلى المشتري بحكمِ انتقال المِلك إليه.

---

(١) المبسوط للسّرخسيّ، كتاب الإجارة ١٥: ١٤٦ والهداية، كتاب الإجارة، مع فتح القدير ٨: ٤١

www.besturdubooks.wordpress.com

(٣) تُصرّح ضوابطُ البورصة أنّه لو تخلّف البائعُ من التّسليم في موعده، فإنّه يحقّ للمشتري أن يشتريَ تلك الأسهمَ من السّوق، وتُسمّى هذه العمليّةُ Buy In ولئن اضطُرّ المشتري إلى دفع ثمنٍ أكثر من الثّمن المتّفق عليه مع البائع، فإنّ البائعَ يجبُر ضررَه بدفع الفرق إليه.[1] وهذا دليلٌ واضحٌ على أنّ المشتريَ لم يكن تسلّم الأسهمَ إلى موعد التّسليم، وإلاّ فلم تكن هناك إمكانيّةُ التّخلّف من قِبل البائع. لأنّ تخلّف البائع إنّما يُتصوّر في صورتين: إمّا أن يكون قد باع ما لم يملكه، ولم يقدر على تملّكها عند التّسليم، وإنّ بطلانَ البيع في هذه الصّورة واضح كما تقدّم، وإمّا أن يكون مالكاً للأسهم عند العقد، ولكن تغيّر رأيُه عند التّسليم، وأراد أن يبيعها إلى شخصٍ آخر. وهذا يدلّ على أنّه لم يكن سلّم تلك الأسهمَ إلى المشتري، وإلاّ لم يُمكن له تغييرُ رأيه وبيعُها إلى آخر، ولما احتاج المشتري أن يشتريَها من السّوق.

فبهذه الوجوه يتّضح أنّ قبضَ المشتري على الأسهم لايتحقّق قبل التّسليم.

أمّا ما يُقال إنّ حقوق السّهم والتزاماته تنتقل إلى المشتري بمجرّد العقد، فإنّ ذلك ليس بصحيح، كما أوضحناه في النّقاط المارّة، وإنّما يُقال ذلك بمعنى أنّه إن انخفضت قيمةُ السّهم قبل التّسليم، فإنّ المتضرّرَ هو المشتري، وإن زادت قيمتُه، فإنّ الرّابح هو المشتري، دون البائع. ومجرّد هذا الأمر لايكفي لانتقال الحقوق والالتزامات. فلو اشترى أحدٌ سيّارةً ببيع صحيح، ولم يقبضها، ووقع التّغيّر في قيمتها السّوقيّة قبل القبض، فإنّ المستفيدَ أو المتضرّرَ بهذا التّغيّر هو المشتري، وليس البائع، ولكن لايُمكن أن يُقال: إنّ هذه الاستفادةَ أو التّضرّرَ يقوم مقام القبض.

---

(١) Rules For Ready Delivery Contracts, Karachi Stock Exchange, clause 1 (b) & (c)

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصلُ من هذه الدّراسة أنّ مَن اشترى سهماً، فإنّه لايجوز له شرعاً أن يبيعه قبل التّسليم الفعليّ الّذى يتمّ فى موعده. وهذا من أقوى الأسباب لتفادى المضاربات الّتى تقعُ فى سوق الأسهم على أساس التّخمين، والّتى أفسدت النّظامَ كلّه، والله سبحانه و تعالى أعلم.

١٧٠- حكم طعام البوفيه

وممّا شاع فى عصرنا فى المطاعم والفنادق طعامُ البوفيه، وهوأنّ صاحبَ المطعم يضعُ أنواعاً من الأطعمة فى صُحونٍ كبيرة، ويأذَن للمشترى أن يأكلَ منها ما شاءَ بثمنٍ معلومٍ معيَّن. فالثّمنُ فى هذه المعاملة معلوم، ولكنّ المبيعَ غيرُ معيّن، لاجنسُه ولامقدارُه. والقياسُ أن لايجوزَ هذا البيع، لأنّ المبيعَ وقدرَه مجهولٌ عندالعقد جهالةً تؤدّى إلى الغرر. ولكنّ النّاسَ تعاملوا به من غير نكير، والظّاهرُ أنّ الغررَ فيه مغتفَر، لأنّ الفقهاءَ أجمعوا على أنّ الغرر اليسير غيرمُفسد للعقد. وقد فسّروا الغرر اليسير بما يرجع إلى العُرف وعدم إفضاءه إلى النّزاع. فعرّف الدسوقىّ رحمه الله تعالى الغرر اليسير بقوله: "هو ماشأنُ النّاس التّسامحُ فيه."[١] وقال النووىّ رحمه الله تعالى: "قال العلماء: مدارُ البطلان بسبب الغرر، والصّحّة مع وجوده على ماذكرناه، وهو أنّه إن دعت حاجةٌ إلى ارتكاب الغرر، ولايمكنُ الاحتراز عنه إلّابمشقّة، وكان الغررُ حقيراً، جازالبيع، وإلّافلا."[٢]

ومن نظائر مسألتنا ما أجمعوا عليه من دخول الحمّام بأجرة، فإنّه لايُعرف عند العقد قدرُما

---

(١) حاشية الدسوقى على شرح الدردير٣: ٦٠

(٢) شرح صحيح مسلم للنووى، باب بطلان بيع الحصاة، والمجموع شرح المهذب، باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره ٩: ٢٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

يُستعمَل من الماء، ولاقدرُ ما يمكث فيه المستأجر، وكذلك جوازُ الشُّرب من ماء السّقّاء بعوض، مع اختلاف النّاس في استعمال الماء، كما ذكره النّوويّ رحمه الله تعالى.

وأقربُ نظيرٍ لطعام البوفيه هو استئجار الظّئر بطعامها وكسوتها. قال الجصّاص رحمه الله تعالى:

"وفي هذه الآية (أي في قوله تعالى: وعلى المولودله رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف) دلالةٌ على جواز استئجارالظّئر بطعامها وكسوتها، لأنّ ما أوجبه الله تعالى في هذه الآية للمطلّقة هما أجرة الرضاع، وقدبيّن ذلك بقوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ."[١]

وذكر السّرخسيّ رحمه الله تعالى أنّ إجارةَ الظّئر بطعامها وكسوتها غيرُ جائزٍ عند الشافعيّ وأبي يوسف ومحمّد رحمهم الله تعالى، لأنّ الطّعامَ والكسوةَ مجهولان. وأجازه الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى، ثم قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وأبوحنيفة رحمه الله تعالى استدلّ بقوله تعالى: ((وعلى المولودله رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف)) يعني أجراً على الإرضاع بعدالطّلاق، ألاترى أنه قال: ((وعلى الوارث مثل ذلك)) وذلك أجر الرّضاع، لانفقة النكاح. ولأنّ الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصّفة، وليس في عينه نصّ يُبطله، وفي النّزعِ عن هذه العادة حرج، لأنّهم يَعُدّون الظّئرَ من أهل بيتهم، فالظّاهر أنّهم يستنكفون عن تقدير طعامِها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢: ١٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الزّوجات وكسوتهن."[١]

والظّاهر، كما ذكره السّرخسيّ فى أوّل هذه المسئلة، أنّ جواز الإجارة بالطّعام والكسوة مختصّ بالظّئر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ولايجوز فيما سواه من عقود الإجارات، ولكنّ المالكيّة و الحنابلة يُجوّزون ذلك فى استئجار أيّ أجير. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"اختلفت الرّواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته، أو جعل له أجراً، وشرط طعامَه وكسوتَه، فرُوي عنه جوازُ ذلك، وهو مذهب مالك و إسحاق، ورُوي عن أبى بكر وعمر وأبى موسى رضي الله عنهم أنّهم استأجروا الأجراءَ بطعامهم وكسوتهم. ورُوي عنه أنّ ذلك جائزٌ في الظئر دون غيرها، اختارها القاضي، وهذا مذهبُ أبى حنيفة، لأنّ ذلك مجهول، وإنما جاز في الظّئر لقول الله تعالى ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) فأوجب لهنّ النّفقة والكسوةَ على الرّضاع، ولم يفرّق بين المطلّقة وغيرها، بل في الآية قرينةٌ تدلّ على طلاقها، لأن الزّوجة تجب نفقتُها وكسوتُها بالزّوجيّة، وإن لم تُرْضِع، لأنّ الله تعالى قال : ((وعلى الوارث مثل ذلك)) والوارثُ ليس بزوج، ولأنّ المنفعةَ في الحِضانة والرّضاع غيرُ معلومة، فجاز أن يكون عوضُها كذلك. ورُوي عنه روايةٌ ثالثةٌ:

(١) المبسوط للسرخسي، باب إجارة الظئر ١٥: ١١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

لا يجوز ذلك بحال، لا في الظئر ولا في غيرها، وبه قال الشافعيّ و أبو يوسف و محمّد و أبو ثور و ابن المنذر، لأنّ ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً، فيكونُ مجهولاً، والأجرُ من شرطه أن يكون معلوماً. ولنا ما روى ابن ماجه عن عُتبة بن المنذر[١] قال : "كُنّا عند رسول الله صلّى الله عليه و سلّم فقرأ ((طس)) حتىّ إذا بلغ قصّةَ موسى، قال : إنّ موسى آجرَ نفسَه ثمانيَ حِجج أو عشراً على عفّة فرْجه وطعام بطنه."[٢] وشَرْعُ مَن قبلَنا شرعٌ لنا ما لم يثبُت نسخُه. وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنّه قال: "كنت أجيراً لابنة غزوان بطعامِ بطني وعُقبة رجلي، أحطِبُ لهم إذا نزلوا، وأحدوبهم إذا ركِبوا."[٣] ولأنّ مَن ذكرنا من الصّحابة وغيرهم فعلوه، فلم يظهر له نكير، فكان إجماعاً، ولأنّه قد ثبت في الظّئر بالآية، فيثبت في غيرها بالقياس عليها، ولأنّه عوضُ منفعة، فقام العُرف فيه مقامَ التّسمية، كنفقة الزّوجة، ولأنّ للكسوةِ عُرفاً، وهي كسوة الزّوجات، وللإطعام عُرف، وهو الإطعام

---

(١) كذا في نسخة المغني، ولكنّ المذكور في سنن ابن ماجه: "عقبة بن النُدّر"

(٢) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في أبواب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه، حديث ٢٤٤٤ وقال البوصيري رحمه الله تعالى في زوائدابن ماجه: "ليس لعتبة بن النّدّرهذا عندابن ماجه سوى هذاالحديث، وليس له شيئ في شيئ من الكتب الخمسة، وإسناد حديثه ضعيف لتدليس بقيّة رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث عتبة بن الندّر، وكذلك أخرجه ابن الجوزيّ في كتابه جامع المسانيد بسنده."

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه أيضا بعد الحديث السابق، وقال البوصيري رحمه الله تعالى: "هذا إسنادصحيح موقوف، وحيّان هوابن بسطام بن مسلم بن نمير، ذكره ابن حبّان في الثقات، وباقي رجال الإسناد ثقات. وهكذارواه الحاكم في المستدرك من طريق عمروبن مرزوق عن ابن مهدي به، ورواه البيهقي في الكبرى عن الحاكم به."

www.besturdubooks.wordpress.com

فى الكفّارات، فجاز إطلاقه كنقد البلد."[١]

والظّاهر من كلام الفقهاء فى هذه المسائل أنّ للعُرف دخلاً كبيراً فى إخراج عمليّة من الغرر الفاحش الممنوع، ولاشكّ أنّ ما تُعورف فى البوفيه من هذا القبيل، لأنّ النّاسَ يتعاملون به ولا تؤدّى هذه الجهالة إلى نزاع.

ثمّ العُرف فى طعام البوفيه أنّه يؤذَن للمشترى أن يأكل ما شاء، ولكن لايُسمَح له بأن يحمِل منه شيئاً، أو يُطعمَ أحداً غيره، فالظّاهر أنّه إباحةٌ ابتداءً، وتمليكٌ انتهاء. والتملّك إنّما يتحقّق عند الأكل، فإن أخذ أشياءَ للأكل ولم يأكلها، فالحكمُ يتوقّف على العُرف، فما تُعورف فيه أنّه لايُعاد إلى الصّحون، صار مِلكاً له، وإن كان ممّا يُعاد لا يملكه. والله سبحانه أعلم.

١٧١- الشّرط السّابع: أن يكون مقبوضاً للبائع

الشّرط السّابع المتعلّق بالمبيع: أن يكون البائعُ قد قبض المبيعَ قبضاً حقيقيّاً أوحكميّاً. وهذا من شرائط الصحّة، فبيعُ ما لم يقبضه بعدُ فاسدٌ شرعاً، ولوكان مملوكاً له. والأصلُ فيه قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "من ابتاع طعاماً، فلايبِعه حتىّ يستوفيه."[٢] وقد اختلف الفقهاء فى هذه المسئلة على أقوال:

الأول: قول عثمان البتّىّ رحمه الله تعالى: إنّه لايشترط لصحّة البيع أن يكون البائعُ قبضه. فيجوزالبيعُ عنده قبل قبضه فى كلّ شيئ. ولكن قال ابن عبد البرّ رحمه الله تعالى: "هذا قولٌ مردودٌ بالسنّة والحجّة المجمعة على الطّعام، وأظنّه لم يبلغه هذا

---

(١) المغنى لابن قدامة ٦: ٦٨

(٢) صحيح البخارى، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يُقبض، حديث ٢١٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الحديث. ومثل هذا لايُلتفت إليه."[١]

الثّاني: قال الشافعيّ ومحمّد بن الحسن من الحنفيّة: يحرُم بيع كلّ شيء قبل قبضه، طعاماً كان أوغيرَه، منقولاً كان أو غيرَ منقول، وهو ظاهرُ قول ابن عبّاس رَضي الله تعالى عنهما، وهو رواية ابن عقيل عن أحمد كما فى المغني.

الثّالث: قال أحمد بن حنبل في أظهر رواياته: إنّما يختصّ النّهي بالطعام، فلا يجوز بيعُه قبل قبضه، ويجوز فيما سواه، كما حقّقه ابن قدامة.

الرّابع: قال مالك رحمه الله: إنّما يمتنعُ البيع قبل القبض فى المكيل والموزون من الطّعام خاصّةً، وقال سحنون وابن حبيب من المالكيّة: إنّه ممتنعٌ فى كلّ مكيلٍ أو موزونٍ أو معدود، ثمّ هل يختصّ بالطّعام أو بالربويّات عندهم؟ فيه قولان حكاهما الأبّي.

الخامس: قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: يمتنعُ البيع قبل القبض فى سائر المنقولات، ويجوز في العقار الّذي لا يُخشى هلاكُه، كما فى فتح القدير.[٢]

استدلّ الحنابلة على أنّ النّهي مقصورٌ على الطّعام بالحديث الّذى رواه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعْه حتى يستوفيَه."[٣] لأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نصّ فيه على الطّعام، واستدلّوا أيضاً بما رُوي عن ابن عمر قال:

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٢) فتح القدير، كتاب البيوع ٦: ١٣٧ و١٣٨.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، حديث ٣٨١١.

www.besturdubooks.wordpress.com

"كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، وآخذ مكانها الورِق، وأبيع بالورِق وآخذ مكانها الدنانير، فأتيت النبيَّ صلّى الله عليه وسلم، فسألته عن ذلك، فقال: لا بأس به بالقيمة."

أخرجه أصحاب السنن الأربعة وأحمد وابن حبّان والحاكم من طريق سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، ولم يرفعه عنه إلاّ سماك بن حرب، كما في تلخيص الحبير للحافظ.[1] ووجه الاستدلال منه على ما بيّنه ابن قدامة، أنّه تصرّفٌ في الثّمن قبل قبضه، وهو أحدُ العوضين. فلو جاز بيعُ الثّمن قبل قبضه، جاز بيعُ المبيع قبل قبضه أيضاً، إلاّ في الطّعام؛ فإنّه ورد فيه النّهي أيضاً.

وهذا الاستدلال غيرُ ناهض على الشّافعيّة والحنفيّة، لأنّه صَرْفٌ اقتضاءً، ولا غررَ فيه للانفساخ بالهلاك لعدم تعيّنه بالتّعيين. وإنّما الكلام في بيع المبيع، فإنّه ممكنُ الهلاك، وسيأتي ما يدلّ على عموم النّهي عنه.

واستدلّ ابنُ قدامة أيضاً بحديث ليلة البعير عن جابر رضي الله تعالى عنه، فإنّ النّبيّ صلّى الله تعالى عليه وآله وسلّم اشتراه من جابر، ثمّ وهَبه له قبل أن يقبِضه. وليس فيه حجّةٌ لهم خلافَ محمّد رحمه الله تعالى، فإنّه يفرّق بين البيع والهبة، ويقول: إنّ هبة المبيع جائزةٌ قبل قبضه، ولا يجوز بيعُه قبل قبضه، كما في فتح القدير.[2]
وأمّا أبو حنيفة وأبو يوسف، فالهبةُ عندهم كالبيع، والجوابُ من قِبَلهم عن حديث

---

(١) أخرجه الترمذي ١٢٤٢، وأبو داود ٣٣٤٥، والنسائي ٤٥٨٩، وابن ماجه ٢٤٦٢، والدارمي ٢٥٨١، وأحمد ٢: ١٥٤، انظر التلخيص الحبير ٣: ٢٥ و ٢٦، باب القبض وأحكامه برقم ١٢٠٤.

(٢) فتح القدير ٦: ١٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

البعير أنّ النّبيّ صلّى الله تعالى عليه وآله وسلّم إنّما وهبه للبائع بعد قبضِه على الثّمن، وذلك يجوز، لأنّه هبةٌ للثّمن حقيقةً، وليس هبةً للمبيع. وإنّما الكلامُ فى هبةِ المبيع لغير البائع قبل قبضه.

وأمّا الشافعيّ ومحمد بن عقيل ومن وافقهم في تعميم النهي، فاستدلّوا بمايأتى:

١- أخرج أبو داود عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما، قال: "ابتعتُ زيتاً في السُّوق، فلمّا استوجبتُه لقيَني رجل، فأعطانى به ربحاً حسناً، فأردتُ أن أضربَ على يده، فأخذ رجلٌ من خلفي بذراعي، فالتفتُّ، فإذا زيدُ بن ثابت، فقال: لا تبِعْه حيثُ ابتعتَه، حتىّ تحوزَه إلى رَحلك، فإنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن تُباعَ السّلَع حيثُ تُبتاع، حتىّ يحوزها التُّجّار إلى رحالهم."[١]

فقد عمّم هذا الحديثُ الحكمَ فى جميع السّلَع، ولم يقصره على الطّعام. وتكلّموا في إسناد هذا الحديث بأنّ فيه محمّد بن إسحاق، ولكن قال صاحب التّنقيح: "سنده جيّد، وابنُ إسحاق صرّح فيه بالتّحديث" كما فى فتح القدير[٢] وأخرجه أيضاً ابنُ حِبّان فى صحيحه، والحاكم فى مستدركه وصحّحه، وأقرّه عليه الذّهبيّ.

٢- عن حكيم بن حزام قال: "قلت: يا رسول الله، إنّى أبتاع هذه البيوع، فما يحلّ لى منها وما يحرُم عليّ؟ قال: "يا ابن أخي! لا تبيعنّ شيئاً حتىّ تقبضه" وفي رواية أبان: "إذا اشتريتَ بيعاً، فلا تبعْه حتىّ تقبضَه." هذا اللّفظ للبيهقيّ فى سننه، وقال: "هذا إسنادٌ حسن متّصل." وأخرجه أيضاً ابنُ حِبّان فى صحيحه، وأحمد في

(١) أخرجه أبو داود برقم ٣٣٥٦، والحاكم ٢: ٤٠ وصحّحه، وأقره الذهبي.

(٢) فتح القدير ٦: ١٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مسنده، وفيه تعميمُ الحكم لكلّ شيء، وأعلّوه بعبد الله بن عصمة، لكن قال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى في تهذيب السّنن: "هذا إسنادٌ على شرطهما، سوى عبد الله بن عصمة، وقد وثّقه ابن حبّان، واحتجّ به النسائي." وقال صاحب التّنقيح: "فيه عبد الله بن عصمة، وهو الجشميّ، حجازيّ، وقد ذكره ابن حبّان في الثّقات، وقال عبد الحقّ في أحكامه بعد ذكر هذا الحديث: عبد الله بن عصمة ضعيفٌ جدًّا، وتبعه على ذلك ابنُ القطّان، وكلاهما مخطئ في ذلك، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنّصيبيّ أو غيره ممن يُسمّى عبد الله بن عصمة." كذا في نصب الرّاية للزّيلعي.[١]

٣ - عن عبد الله بن عمرو أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربحُ ما لم يضمن، ولا بيعُ ما ليس عندك." أخرجه التّرمذيّ في باب كراهية بيع ما ليس عنده، وقال: هذا حديثٌ حسنٌ صحيح.[٢]

فنهى فيه[٣] رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن ربحِ مالم يضمن، والبيعُ قبل القبض يتضمّنه، لأنّ المبيعَ لا يدخل في ضمان المشترى حتىّ يقبضَه. فإن باعه قبل ذلك بالرّبح، كان ذلك ربحاً لما لم يضمنه، وهذه العلّة تعُمّ الطّعامَ وغيرَه.

وبعين هذه الأدلة يستدلّ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى، غير أنّهما يستثنيان العقار من عموم النّهي، لأن علّة النّهي منتفيةٌ فيه، فإنّ الحديث الأخير -

---

(١) وأخرجه البيهقي ٥: ٣١٣ وحسّنه، وأحمد ٣: ٤٠٢، وانظر تهذيب السنن ٥: ١٣١ ونصب الراية ٤: ٣٣.

(٢) أخرجه الترمذي برقم ١٢٣٤، ١٢٣٥ وأبو داود برقم ٣٥٠٤، والنسائي ٤٦١١، ٤٦١٢.

(٣) وكذا في قوله عليه السلام: "الخراج بالضمان." أخرجه أبو داود

www.besturdubooks.wordpress.com

حديث عبد الله بن عمرو- دلّ على أنّ العلّة فى النّهي عن بيع المبيع قبل القبض، هي أنّه يستلزمُ ربحَ ما لم يضمن، وإنّما يضمن الإنسانُ ما يخاف فيه الهلاك. وأمّا العَقار، فلا يُخشى فيه ذلك إلاّ نادراً، حتّى لو كان العقارُ على شطّ البحر، أو كان المبيع عِلواً، لا يجوز بيعُه قبل القبض. كما فى فتح القدير.[1] لأنّ الهلاكَ فيه غيرُ نادر. وقال صاحب الهداية: "لهما (يعني في جواز بيع العقار قبل قبضه) أنّ ركنَ البيع صدر من أهله فى محلّه، ولا غررَ فيه، لأنّ الهلاك فى العقار نادر، بخلاف المنقول، والغررُ المنهيّ عنه غررُ انفساخ العقد، والحديث معلولٌ به بدلائل الجواز.

وقال ابن الهمام تحته: "والحديث معلولٌ به، أى بغرر الانفساخ ، والدّليل عليه أنّ التّصرُّف الّذى لا يمتنع بالغرر نافذٌ فى المبيع قبل القبض، وهو العتق والتزوّج عليه."[2]

١٧٢- مايكون قبضاً وما لايكون

ثمّ القبضُ عرّفه الفقهاء بعباراتٍ مختلفة. فجاء فى القوانين الفقهيّة لابن جُزى: "القبضُ عبارةٌ عن حيازةِ الشّيئ والتّمكّن منه، سواءٌ أكان ممّا يُمكن تناولُه باليد أو لم يكن."[3] وقال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "معنى القبض: هو التّمكين والتخلّى، وارتفاعُ الموانع عرفاً وعادةً حقيقةً." وقال العزّ بن عبد السّلام رحمه الله تعالى:

---

(١) فتح القدير ٦: ١٣٨

(٢) فتح القدير ٦: ١٣٨

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة "قبض" ج ٣٢ ص ٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"قولهم: قبضتُ الدّار، والأرض، والعبد، والبعير: يُريدون بذلك الاستيلاء والتمكّن من التّصرف."[١]

ولكن بالرَغم من اتّفاق الفقهاء على هذه التّعريفات المتقاربة، فإنّ هناك تفصيلاً فى تعيين طريق القبض فى أشياء مختلفة، وفى بعضها خلاف. فلنذكر هذه التّفاصيل بالنسبة إلى المقبوضات:

١٧٣- القبض فى العقار

اتّفقت المذاهب الأربعة على أنّ القبضَ فى العقار يحصلُ بالتّخلية،[٢] وهوكما قال الكاسانىّ رحمه الله تعالى، "أن يُخلّيَ البائعُ بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما على وجهٍ يتمكّن المشترى من التّصرّف فيه، فيُجعل البائعُ مُسلّما للمبيع، والمشترى قابضاً له." وذكر النّووىّ رحمه الله تعالى فى شرح المهذّب أنّ فى معنى الأرض الشّجر الثّابت، والثّمرة المبيعة على الشّجر قبل أوان الجذاذ.

والتّخليةُ فى الدّار تتحقّق بتسليم مفتاحها، ولولم يدخلها المشترى، ولوكانت الدّارُ بعيدةً عنهما. واشترط فى الخانيّة أن يقول مع دفع المفتاح: "خلّيتُ بينك وبين الدّار فاقبضه" فإن لم يقل ذلك، لم يكن قبضا،[٣] ولم يُشترط ذلك فى البحر والهنديّة

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢: ٢٥٧

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٣ و٢٧٤ والمغنى لابن قدامة ٤: ٢٢٠ والدسوقى على الشرح الكبير ٣: ١٤٥ وبدائع الصنائع ٤: ٤٩٨، حكم البيع

(٣) الخانية بهامش الهندية ٣: ٢٥٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وغيرهما، والظّاهرُ أنّ المقصودَ بهذا الشّرط أن يتعيّن دفعُ المفتاح لغرض التّسليم، لأنّه يحتمل أن يكون دُفع لغرضٍ آخر. وعليه، فلا ينبغى أن يُشترط هذا اللّفظ بخصوصه، بل إذا دُفع المفتاح ودلّت القرائن على أنّ المقصودَ منه التّسليم، كفى ذلك، ولهذا لم يذكر الفقهاء الآخرون هذا الشّرط. والله أعلم.

أمّا إذا قال: "سلّمتها إليك" فإن كانت الدّارُ قريبةً من المشترى بحيث يتمكّن من إغلاقها فى الحال، تحقّق القبض، وإن كانت بعيدةً، لايتحقّق القبضُ حتّى تمضيَ مدّةٌ يمكن فيها الذّهاب إليها.[1]

١٧٤- القبض فى الدّار الّتى يسكنها البائع

ثمّ اشترط الفقهاء لصحّة تسليم الدّار أن تكون خاليةً من أمتعة البائع. فإن كانت مشغولةً بها لايتحقّق القبض حتى يُفرغها.[2] ولكن جاء فى الفتاوى الهنديّة عن فتاوى أبى اللّيث: "فإن أذن البائعُ للمشترى بقبض الدّار والمتاع، صحّ التّسليم، لأنّ المتاعَ صار وديعةً عند المشترى."[3] وكذلك ذكروا حيلةً فى نفاذ هبة ماهومشغولٌ بمتاع البائع فقالوا: "وحيلةُ هبةِ المشغول أن يُودِع الشّاغلُ أوّلاً عند الموهوب له، ثمّ يُسلّمه الدّار مثلاً، فتصحّ لشُغلها بمتاعٍ فى يده."[4]

---

(١) راجع مجلّة الأحكام العدليّة، مادّة ٢٧٠مع شرحها للأتاسى ٢: ١٩٦إلى ٢٠٠

(٢) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٤

(٣) الفتاوى الهندية ٣: ١٧ باب ٤ من كتاب البيوع

(٤) الجوهرة النيرة، أوائل كتاب الهبة ٢: ١١ ونقله الحصكفى فى الدر المختار ولم يتعقبه ابن عابدين بشيئ .(ردالمحتار٥: ٦٩٢) ولكن قال الكاسانى رحمه الله تعالى: "وفى هذه الحيلة=

www.besturdubooks.wordpress.com

ويُمكن أن يُخرّج على ذلك ما يقع كثيراً من أنّ الأب يهبُ داراً لابنه، وهو ساكنٌ معه فيها بمتاعه. فلو أذن الأبُ ابنَه بقبض متاعه وديعةً، وسجّل الدّارَ باسم ابنه بعد الهبة، وصرّح بأنّ كونه يسكُن الدّارَ بعد ذلك موقوفٌ على إذن الابن على سبيل العارية، وقبِل ذلك الابن، ينبغي أن يُعتبر قبضاً كافياً لتمام الهبة، والله سبحانه أعلم.

١٧٥- القبض في الدّار المؤجَرة

وإن كانت الدّارُ مؤجَرة، يجوز للمالك بيعُها من غير المستأجر بإذن المستأجر، ولا يتحقّق التّسليم إلاّ بعد مضيّ مدة الإجارة. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "ويدخُل في الشّغل بحقّ الغير مالو كانت الدّار مأجورة، فليس للبائع مطالبةُ المشتري بالثّمن لعدم القبض." ثمّ نقل عن جامع الفصولين: "باع المستأجَرَ (يعني الدّارَ المؤجَرة) ورضيَ المشتري أن لايُفسخَ الشّراؤ إلى مضيّ مدّة الإجارة، ثم يقبضه من البائع، فليس له مطالبةُ البائع بالتّسليم قبل مُضيّها، ولا للبائع مطالبةُ

= إشكال وهو أن يد المودَع يد المودِع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم." (بدائع الصنائع ٥: ١٧٨) ويمكن أن يجاب عن هذاالإشكال بأن يد المودَع ليست يدالمودِع من كل الوجوه، وبيده ردّها متى شاء، قال السرخسي رحمه الله تعالي: "والمعنى فيه أن المودَع متبرِّع في حفظها لصاحبها والتبرّع لا يوجب ضمانا على المتبرِّع للمتبرَّع عليه، فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى: يد المودَع كيد المودِع." (المبسوط للسرخسي أوائل كتاب الوديعة) وإنّ يد الواهب إنما تمنع تمام الهبة لأنها تمنع تمكن الموهوب له من التصرف في الموهوب. ولما كان متاع الواهب بيد الموهوب له بصفة المودَع فإنه لايمنعه من التصرف ويمكن له أن يردّ متاع الواهب أين شاء.

www.besturdubooks.wordpress.com

المشترى بالثّمن، مالم يجعل المبيعَ بمحلّ التّسليم."[١]

أمّا إذا فسخ المستأجرُ الإجارة من البائع، وعَقَدها مع المشترى من جديد، فالظّاهر أنّ القبض يتحقّق بعقد المشترى الإجارةَ مع المستأجر، لأنّه تصرّفٌ فى المبيع من قِبَل المشترى، وهو يقوم مقامَ القبض. جاء فى شرح المجلّة عن الخلاصة: "وإن كانت داراً فآجرها المشترى، إن سلّمها إلى المستأجر، صار قابضاً، وإلاّ فلا."[٢]

وهل تثبت هذه الإجارة الجديدة من المشترى اقتضاءً إن قال له البائع: "سلّمتُ إليك الدّار بأن تكون أجرتُها لك منذ اليوم، وقَبِل ذلك المستأجر؟ الظّاهر: نعم، لأنّ مثلَ ذلك يُعتبر قبضاً فى عُرف المستغَلاّت. وقد ثبت فى قوانين أكثر البلاد أنّ البائعَ إن باع داراً مؤجَرةً وسجّلها باسم المشترى، فإنّ عقدَ الإجارة يتحوّل إلى المشترى بحكم القانون، فينفسخ عقدُ المستأجر مع البائع، وينعقد مع المشترى. وهذا دليل ثبوت الإجارة الجديدة اقتضاءً بحكم العرف. ويؤيّده ما فى البدائع فى مبحث خيارالشّرط:

"ولوكان فيها (أى فى الدّار) ساكنٌ بأجر، فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيارَ للمشترى، فتركه المشترى فيها، أو استأوى الغَلّةَ فهو إجازة، لأنّ الأجرةَ بدلُ المنفعة، فكان أخذُها دلالةَ قصد تملّك المنفعة، أوتقريرَ ملك المنفعة، وذلك قصدُ تملّك الدّار، أو تقرّر ملكه فيها، فكان إجازة."[٣]

---

(١) ردالمحتار، فصل فيما يدخل فى البيع تبعا، ١٤: ٢٣٥ فقره ٢٢٥٦٥

(٢) شرح المجلّة للأتاسى مادة ٢٧٥ ج ٢ ص ٢٠٧

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

١٧٦- هل التّسجيل فى النّظام العقاريّ يُعتبر قبضا؟

وقد ذكر الشّيخ مصطفى الزّرقاء رحمه الله تعالى صورةً أخرى من قبض العقار، فقال: "يجب الانتباهُ اليومَ إلى أنّه فى البلاد الّتى يوجد فيها سجلٌّ ونظامٌ عقاريّان بحيث تكون قيودُ السّجلّ هى المعتبرة فى ثبوت الحقوق العقاريّة وانتقالها كما فى بلادنا (أى السّورية) يُعتبر تسجيلُ بيع العقار فى صحيفته من السّجلّ العقاريّ فى حكم التّسليم الكافى، ولوكانت الدّار مشغولةً بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر. ذلك لأنّ قيد السجلّ عندئذٍ يُغنى عن التّسليم الفعلىّ، ويقطع علاقةَ البائع بالأرض فيُصبح أجنبيّا. وعلى هذا استقرّ اجتهادُ محكمة النّقض السوريّة. وإذا ظلّ بائعُ العقار شاغلاً له بعد التّسجيل، وممتنعاً عن تفريغه وتسليمه، تُنْزَع يدُه عنه بقوّة القضاء، كما لو شغله غصباً بلا حقٍّ بعد التّسليم. فيبقى هذا الحكمُ الفقهىّ (أى عدم اعتبار القبض إن كان العقارُ مشغولاً بملك البائع) بالنّسبة إلى الأموال غير المنقولة مقصوراً على الأماكن الّتى ليس فيها سجلٌّ ونظام عقاريّان من هذا القبيل."[1]

وقال فى موضع آخر: "بعد وجود الأحكام القانونيّة التى تُخْضِع العقودَ العقاريّة للتّسجيل فى السّجلّ العقارىّ استقرّ الاجتهاد القضائىّ أخيراً لدينا على اعتبار التّسليم حاصلاً بمجرّد تسجيل العقد فى السّجلّ العقارىّ. فمن تاريخ التّسجيل ينتقل ضمانُ هلاك المبيع من عُهدة البائع إلى عهدة المشترى، لأنّ تسجيل البيع فيه تمكينٌ للمشترى أكثرَ ممّا فى التّسليم الفعلىّ، إذ العبرةُ فى الملكيّة العقاريّة قانوناً لقيود السّجلّ العقارىّ،لا للأيدى والتّصرّفات. وبتسجيل البيع لم يبقَ البائعُ متمكّناً أن يتصرّف فى العقار المبيع

(١) المدخل الفقهىّ العام ٢: ٧٠٦(حاشية) طبع دارالقلم

www.besturdubooks.wordpress.com

بعقدٍ آخر استناداً إلى وجوده في يده. وجميعُ الحقوق والدّعاوى المتفرّعة عن الملكيّة، كطلب نزْع اليد، وطلب الأجرة، وغير ذلك تنتقل إلى المشترى بمجرّد التّسجيل."[١]

وربّما يُعترض على ما ذكره الشيخ الزرقاء رحمه الله تعالى أن التّسجيل العقاريّ لا يعدو من أن يكون مُثبتاً للملك قانوناً. أمّا القبض فشيئٌ زائدٌ على الملك. وقوله: "جميع الحقوق والدّعاوى المتفرعة عن الملكيّة، كطلب نزع اليد وطلب الأجرة وغير ذلك تنتقل إلى المشترى بمجرّد التّسجيل." اعترافٌ بأنّ المشتريَ يحتاج لنَزع يد البائع إلى رفع الدعوى، وأنّ العقار مقبوضٌ بيد البائع، حتىّ بعد التّسجيل. وأجاب عنه الشّيخ رحمه الله تعالى بقوله: "بعد تسجيل العقار على اسم المشترى يستطيعُ المشترى قانوناً أن يقيمَ هذه الدعوى لنَزع يد البائع على العقار، ولولم يكن بعدُ قد نقده الثّمن فعلاً، وتُنْزع يدُ البائع قضاءً باعتبار أنّه ليس له علاقةٌ بالعقار...فلولم يكن التّسجيل تسليماً للعقار المبيع في نظر القانون، لساغ للبائع أن يحبس العقار المبيع عن المشترى، ولو بعد الفراغ والتّسجيل مالم يدفع الثمن، وهذالم يقُل به أحد."[٢]

ولكن فيما قاله الشّيخ رحمه الله تعالى نظرٌمن وجهين: الأوّل: أنّ القبضَ يتحقّق شرعاً بانتقال ضمان المبيع إلى المشترى. فالسؤال: إن سُجّلت عمارةٌ باسم المشترى، ولكن امتنع البائعُ من التّسليم الفعليّ وبقيت الدارُ مشغولةً بيدالبائع، ثمّ هلكت قبل أن تتحقّق التّخليةُ فعلاً، فهل تهلك من مال المشترى؟ الظّاهر لا. وكذلك يُقال فيما استدلّ به الشّيخ رحمه الله تعالى من أنّ أحكام رهْن العقار تثبُت

---

(١) المدخل الفقهيّ العام ٢: ٩٥٤ الباب التاسع، نظرية العرف

(٢) عقدالبيع للشيخ مصطفى الزرقاء ص ١١٩

www.besturdubooks.wordpress.com

بمجرد التسجيل القانونيّ، وإن كان العقارُ باقياً بيد الرّاهن، فإنّه لايعتبرُ رهناً مقبوضاً، بل يُعتبر رهناً غير حيازيّ، فلو هلك بيد الرّاهن، هلك من ماله، ولا يُضمَن بالأقلّ من قيمته ومن الدّين كما يُضمَن المرهون المقبوض (الرّهن الحيازيّ) عند الحنفيّة.

وثانيًا: يقع فى كثيرٍ من البلاد أنّ العقار يُسجَّل باسم غير المالك لأغراض ضريبيّة أو غيرها، وقد ذكرنا فى مبحث بيع التّلجئة والعقود الصّوريّة أنّه قد يكون هناك عقدٌ صوريّ غيرُمقصود، وعقدٌ مستترٌ مقصود. وفى هذه الحالة لايكفى التّسجيل لإثبات الملك شرعاً، فضلاً عن القبض، إذا عارضه دليلٌ أقوى للملك. وقدّمنا أنّ مبدأ الصّورية فى العقود معترَفٌ به فى عدّة أنظمةٍ قانونيّة. يقول الدكتور عبدالرزاق السنهوريّ:

"أمّا بالنسبة للمتعاقدين والورَثة، فالعقد الصّوريّ لاوجودله، والعقدُ الحقيقيّ هوالّذى يسرى فى حقّهم بقدرما تتوافر فيه شروطُ الصّحّة. ونحن فى هذا إنما نطبّق مبدأسلطان الإرادة، فالمتعاقدان قدأرادا العقد المستتر، لاالعقدالظّاهر، فيلتزمان بما أراداه، لابمالم يريداه. وهذا يتّفق مع ماتقضى به المادة ١٣٢١ من القانون المدنيّ الفرنسيّ من أنّ العقود المستترة لاتُنتج أثرَها إلاّ فيما بين المتعاقدين، وقد استقرّ الفقه والقضاء فى فرنسا على ذلك، كما أنّ الفقه والقضاء فى مصر قد سلّما بالمبدأ أيضاً دون نصّ، لاتّفاقه مع القواعد العامّة."[1]

فتبيّن بهذا أن مبدأ الصّوريّة يُعترف به فى القانون فيما بين المتعاقدين، فكما يُمكن أن

(١) نظرية العقد للسنهوري ص ٨٣٥و٨٣٦ فقره ٧٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

يكون العقدُ صُوريًا، يمكن أيضاً أن يكون التّسجيلُ صُوريّاً. واعترف القانون الإنكليزيّ بتصوّر المالك الصّوريّ (ostensible owner) وهوالّذى سجّل العقار باسمه، ولكنّه ليس مالكاً حقيقيّاً(real owner) كما جاء فى المادة ٤١ من قانون "انتقال الأملاك" (Transfer of Property Act 1882)

فالّذى يظهر أنه لاينبغى أن يُعتبر التّسجيل قبضاً ناقلاً للضمان فى الفقه الإسلاميّ، إلاّ إذا صاحَبَتْه التّخليةُ بالمعنى الّذى ذكرناه فيما سبق، ومنه أن يكون العقار مستغَلاً بالإجارة، وعَقد المشترى الإجارة مع المستأجر صراحةً أو اقتضاءً، كما أسلفنا، والله سبحانه أعلم.

١٧٧ـ قبض المكيلات والموزونات

أمّاالمكيلات والموزونات، فإن بيعت مجازفةً، فحكمُها حكم المنقولات العدديّة. وسيأتى حكمُها إن شاء الله تعالى. أمّا إذا بيعت كيلاً أووزناً، ففى تحقّق قبضها خلاف. فقال الشافعيّة والحنابلة: لايتحقّق القبض إلاّ بكيله إن كان مكيلاً، أووزنه إن كان موزوناً.[١] وقال المالكيّة: قبضُه تفريغُه فى أوعية المشترى، حتّى قال الدّسوقيّ: "وأمّا إذا هلك حالَ تفريغه فيها، فضمانُه من البائع إن كان التّفريغ منه."[٢]

وقال الحنفيّة: يتحقّق القبضُ بمجرّد التّخلية، بمعنى أنّ الضّمانَ ينتقل إلى المشترى بمجرّد التّخلية، ولكن لايجوز للمشترى أن يبيعَه إلاّ بعد الكيل أو الوزن. وذلك لما

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٢) الدسوقى على شرح مختصرخليل ٣: ١٤٤

www.besturdubooks.wordpress.com

رواه ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "من ابتاع طعاماً فلا يبِعْه حتى يكتاله."[١]

١٧٨- معنى جريان الصاعين

وكذلك لو اكتاله المشترى أواتّزنه من بائعه، ثمّ باعه مكايلةً أو موازنةً من غيره، لم يحلّ للمشترى منه أن يبيعه أو ينتفع به حتّى يكيله أويزنَه، ولا يكتفى باكتيال البائع أو اتّزانه من بائعه، وإن كان ذلك بحضرة هذا المشترى الثّانى.[٢] وذلك لمارُويَ عن جابر رضى الله تعالى عنه أن النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الطّعام حتّى يجرىَ فيه الصّاعان: صاعُ البائع وصاعُ المشترى."[٣] وأُعِلّ هذا الحديث بمحمّد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى، ولكنّه متلقًّى بقبول المجتهدين.

والصّحيحُ أنّ مرادَ الحديث بجَريان الصّاعين أن لا يبيعَ أحدٌ ما اشتراه حتّى يكتالَه، فيجب الكيلُ على البائع أوّلاً لنفسه إذا كان ابتاعه مُكايلة، ثمّ يجب الكيلُ على المشترى منه إذا ابتاعه مكايلةً كذلك، فتعدُّد الكيل إنّما هو باعتبار الصّفقتين، وليس مرادُ الحديث أن يجرىَ الصّاعان فى صفقةٍ واحدة.

ويدلّ على هذا المعنى ما أخرجه البزّار عن أبى هريرة رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلّم عن الطّعام حتّى يجريَ فيه الصّاعان: صاعُ البائع والمشترى، فيكون لصاحبه الزّيادة وعليه النقصان." ذكره الزّيلعىّ فى نصب الرّاية، والحافظ ابن

---

(١) صحيح مسلم، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. رقم ٣٨١٤

(٢) بدائع الصنائع، حكم البيع ٤: ٤٩٩

(٣) أخرجه ابن ماجه فى التجارات، حديث ٢٢٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

حجر في الدّراية، وقال: إسناده جيّد.[١]

وهذا يدلّ على أنّ العلّة في النّهي عن بيع الطّعام حتّى يجريَ فيه الصّاعان، إنّما هو امتيازُ حقّ البائع من حقِّ المشترى، وبالعكس. وذلك يحصُل بصاعٍ واحد، إذا كان بحضرة المشترى، وإنّما يجب تعدّد الصّاعين عند تعدّد الصّفقتين. وهذا مذهب الحنفيّة والحنابلة، خلافاً للشّافعيّة.[٢] والله أعلم.

ثم قد ذكر البابرتيّ في العناية[٣] ما ملخّصه أنّ مَن اشترى المكيلَ والموزون وأراد التّصرّف؛ فإنّ ذلك على أربعة أقسام:

الأوّل: أنّه اشترى مُكايلةً وباع مكايلةً، فحينئذٍ يجرى فيه الصّاعان: صاعُ المشترى الأوّل لنفسه، وصاعُ المشترى الثّاني لنفسه؛ لأنّه يحتمل أن يزيد على المشروط، وذلك للبائع، والتّصرُّف في مال الغير حرام، فيجب التّحرّزُ عنه.

الثّاني: أنّه اشترى مجازفةً، وباع كذلك. وحينئذٍ لا حاجةَ فيه إلى الكيل، لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار.

الثّالث: أنّه اشترى مكايلةً، وباع مجازفةً،، وحينئذٍ يحتاج المشترى الأوّل إلى الكيل، ولا يحتاج الثّاني.

---

(١) أخرجه البزار كما في الكشف برقم ١٢٦٥. وانظر مجمع الزوائد: ٤: ٩٨و ٩٩.

(٢) جاء في الهداية: "لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى، فقد قيل: لايُكتفى به...والصحيح أنّه يُكتفى به." (فتح القدير٦: ١٤١) وجاء في المغنى لابن قدامة: "وإن قال: خذه بهذا الكيل الّذى قد شاهدتَه، فأخذه به، صحّ، لأنّه قد شاهد كَيله وعلمه، فلا معنى لاعتبار كيله مرّةً ثانية. وعنه لايُجزئ، وهو مذهب الشّافعيّ." (المغنى ٤: ٢٢٢)

(٣) العناية للبابرتى مع فتح القدير ٦: ١٣٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الرّابع: أنّه اشترى مجازفةً، وباع مكايلةً: وحينئذٍ لا يحتاج المشترى الأوّل إلى الكيل، ويحتاج الثّانى.

ثمّ ليُعلَمْ أنّ ما ذكرناه من أنّ كيلَ البائع بحضرة المشترى يكفى عن اكتيال المشترى، إنّما هو فيما إذا كان الكيلُ بعدَ البيع، فأمّا قبلَ البيع، فلا. فقد صرّح ابنُ الهمام بأنّ الطعام لَوْ كِيل بحضرة الرّجل، ثمّ اشتراه فى المجلس، ثمّ باعَه مكايلةً قبل أن يكتاله بعد شراءه، لا يجوز هذا البيع (يعنى الثّانى) سواءٌ اكتاله المشترى منه أو لا؛ لأنّه لماّ لم يكتلْ بعدَ شرائه هو، لم يكن قابضاً.(يعنى فى حكم جواز البيع، وإن كان قابضاً فى حكم انتقال الضّمان كماأسلفنا عن الكاسانىّ) فبيعُه بيعُ ما لم يقبض، فلا يجوز، راجع فتح القدير، وراجع أيضاً إعلاء السنن، باب النّهي عن بيع الطعام حتى يجريَ فيه الصاعان، تجد فيه بحثاً مبسوطاً فى المسألة.[1]

ومال شيخُ مشايخنا محمّد أنورشاه الكشميرىّ رحمه الله تعالى إلى أنّه لا يجبُ تعدّدُ الكَيلين فى الصَفْقتين أيضاً. فلو اشترى رجلٌ طعاماً مكايلةً، واكتاله بحضرة رجلٍ يُشاهده، ثم اشتراه ذلك الرّجلُ منه، كفاه عن إعادة الكيل؛ لأنّ المطلوبَ كونُ المبيعِ معلوماً، وقد حصل. نعم، إن كاله يُستحبّ له ذلك. فلا حاجةَ إلى تعدّد الكيل فى الصَفقتين أيضاً، فكأنّ الشيخ رحمه الله حمل حديث ابن ماجه على الاستحباب.[2]

وما قاله الشّيخ رحمه الله تعالى موافقٌ لمذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى: قال ابن

---

(١) فتح القدير ٥: ٢٦٩، وإعلاء السنن ١٤: ١٧٦ إلى ١٨٢

(٢) وراجع باب الكيل على البائع والمعطى من بيوع فيض البارى. ٣: ٢٢٠

www.besturdubooks.wordpress.com

رشد رحمه الله تعالى:

"اختلف العلماءُ فيمن أسلم إلى آخرَ، أو باع منه طعاماً على مكيلةٍ مّا، فأخبر البائعُ أو المسلَمُ إليه المشتريَ بكيلِ الطّعام، هل للمشترى أن يَقبضه منه دون أن يكيله، وأن يعمل فى ذلك على تصديقِه؟ فقال مالك: ذلك جائزٌ في السَّلَم، وفي البيع بشرط النّقد، وإلاّ خِيف أن يكون من باب الرّبا، كأنّه إنّما صدّقه فى الكيل لمكان أنّه أنظره بالثّمن."[1]

ولاشكّ أنّ هذا أيسر الأقوال.

١٧٩- قبض العُلب المُعبّأة

ثمّ قد شاع فى عصرنا أنّ الموزوناتِ تُباعُ فى عُلَب مُعبّأة مكتوبٍ عليها وزنُها. ومعنى ذلك أنّ البائع عبّأها بعدَ وزْنها، وكتب الوزنَ على العُلب. وكذلك المكيلات، مثلُ الحليب، والأدهان، والبنْزين، تُباع معبّأة فى عُلبٍ مكتوبٍ عليها كيلُها باللّترات. وقد سبق جوازُ بيعها فى بيان البيع على البرنامج، ولكنّ النّاس يشترون هذه العُلب، دون أن يَزِنوا أو يكيلوا ما فيها، ولا يمكنهم الوزن أو الكيل، لأنّ ذلك يحتاج إلى فكّ التعبئة، وفيه حرجٌ شديد للبائع والمشترى كليهما. فهل يجوز مثل هذا البيع؟

أمّا على مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى، وقول الشّيخ الأنور رحمه الله تعالى، فلا إشكال، لأنّ المشتريَ إن اعتمد على كيل البائع، جاز له أكلُه بدون إعادة الكيل، سواءٌ أكان بحضرته أم بغيبته. وقال الشّيخ الأنور رحمه الله تعالى: "وأمّا إذاكانت الصّفقة

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

واحدةً، فلا حاجةَ إلى الكيل ثانيًا، بل كفاه كيلُ البائع، إن كان بحضرته عند صاحب الهداية، وعندى مطلقاً، إذا اعتمد عليه."[١]

ويمكن توجيهُه بأنّ النّهيَ فى الحديث معلولٌ بعلّة الإفضاء إلى النّزاع، فإن اعتمد المشترى على وزن البائع انتفت العلّة، فانتفى الحكم.

وأمّا على قول جمهورالفقهاء الّذين أخذوا بظاهر الحديث، وأوجبوا أن يتّزن المشترى لنفسه أو يزنه البائع بحضرته، فيمكن أن يُقال فى بيع هذه العُلب: إنّها بعد تعبئتها صارت عدديّةً، تُباعُ على الصّفة عدداً. وأمّا الوزنُ المكتوبُ عليها، فليس لكونها تُباع وزناً، وإنمّا لتمييز صغيرها من كبيرها. وهذا كما أنّ الحيوانات، مثلَ الدّجاج والشّاة، عدديّةٌ بلا خلاف، ومع ذلك قد تُباع بعد الوزن، لا لأنها وزنيّة، بل لمعرفة هزيلِها من سمينها. فيمكن تخريجُ بيعِها على أنّها بيعت على الصّفة مجازفة. وعلى هذا، فقبضُها يتحقّق بما يتحقّق به قبضُ العدديّات المنقولة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

١٨٠- القبض من مخازن السّلع

وقد جرت العادة فى الأسواق ببيع السّلع فى المخازن، وتُسلَّم ألى المشترى وثائقُ تُثبت مِلكه فى كمّية من السّلع المخزونة فيها. فهل يُعتبر القبضُ على الوثيقة قبضاً للمبيع؟ والجوابُ: أنّ وثائقَ السّلع المتداولة فى السّوق على أقسام: فمنها ما يُمثّل مِلكَ الحامل فى سِلعةٍ معيّنة، بأن تكونَ السّلع معبّأةً فى كرتونات مرقّمة، وكلٌّ

(١) فيض البارى ٣: ٢٢٠

www.besturdubooks.wordpress.com

كرتون له وثيقةٌ مكتوبٌ عليها رقْمُ الكرتون، وأنّ حاملَها يحقّ له أن يتسلّم السّلعة الّتى تمثّلها الوثيقةُ متى شاء، فحينئذٍ يُعتبر القبضُ على الوثيقة قبضاً للمبيع معنىً على أساس التّخلية.

ومنها ما لا يُمثّل ملكَ الحامل فى سِلعةٍ معيَّنة، وإنّما تُعطيه حقّاً لتسلّم كمّيةٍ من سِلعٍ غير معيَّنة بالأرقام، موجودةٍ فى المخزن بكمّيةٍ كبيرة، وإنّ السّلعةَ المبيعة لاتتميّز من غير المبيعة إلاّ بعد التسلّم الفعلىّ. فالقبضُ على وثائق السّلع الّتى يُقال لها "الأمر بالتّسليم" (Delivery Order) فى هذه الصُّورة لايُعتبر قبضاً، لأنّها لاتُمثّل مبيعاً معيّناً. وذلك لأنّ المبيعَ إن لم يكن معيّناً، لاينتقل ضمانُ البائع إلى المشترى بتسليم الوثيقة فقط. فإن هلكت بعضُ السّلع الموجودة فى المخزن، لايُمكن القطعُ بأنّ الجزأ الهالك كان ممّا اشتراه المشترى، أو كان ممّا لم يشتره. والواجبُ على البائع أن يُعطيه الكميّة المبيعة من الباقى بعد الهلاك. وعدمُ ضمان المشترى يدلّ على عدم قبضه للمبيع، لأنّ الضّمان يتبع القبض. فإن باعه المشترى إلى آخر، فإنّه من قبيل ربح ما لم يضمنه.

ونظراً إلى كثرة التّعامل فيما بين النّاس بهذا الشّكل، فقد زعم بعضُ الناس تبريرَه على أساس أنّ إعطاءَ هذه الوثيقة تخليةٌ بين المبيع وبين المشترى، فينبغى أن يُعتبر قبضاً حكميّاً. ولكنّ الواقع أنّ التّخليةَ إنّما تُعتبر قبضاً حكميّاً إذا كان المبيعُ متعيّناً متميّزاً عن غير المبيع. أمّا التّخليةُ بدون التّعيين، فإنّه ليس تخليةً فى الواقع، وإنّما هو حقٌّ للأخذ بعد التّعيين، وليس فى حُكم القبض، لأنّه إن هلكت كمية بقدر كمية المبيع، والباقى فى المخزن كمّيةٌ أخرى مثلُها، وجب على البائع أن يُعطيَ المشتريَ منها، كما ذكر الشّلبيّ عن الجامع :

www.besturdubooks.wordpress.com

"فی بیع قفیزٍ من صُبرة إذا کال البائعُ منه قفیزاً بغیر حضرة المشتری، فهلك أنّ البیع قائم یتعیّن فیما بقي."[١]

وإن لم یبق فی المخزن شیئٌ، بطل البیع، ولا یهلك شیئٌ من مال المشتری.

وقد یُقال: إنّ العُرف قد جری بتداول هذه الوثائق فی السُّوق، وأقرّه القانون. فینبغی أن یُعتبر القبضُ علیها قبضاً علی الکمیّة المذکورة فیها بحکم العُرف والقانون.

وإنّ هذاالاستدلال غیر صحیح. وذلك لأنّ القانونَ لایعتبر وثیقةَ "الأمر بالتسلیم" (Delivery Order) الّتی لیس فیها تعیینٌ للجزء المبیع) کافیاً لنقل الملك إلی المشتری، فضلاً أن ینتقل به ضمانُ المبیع إلی المشتری. فإنّ المادّة ١٨ من قانون بیع المال السّائد والمبنيّ علی القانون الإنکلیزيَ یُصرّح بأنّ الملكَ لاینتقل إلی المشتری حتّی یتعیّن المبیع. وذُکرت فی شرح هذا القانون عدةُ قضایا حکمت فیها المحاکم الإنکلیزیة بأنّ الملك لاینتقل قبل التّعیین. ومنها ما یأتی:

"And the mere fact that an order for delivery is given by the seller to the buyer , and is lodged by the buyer with a warehouseman, who holds the specified larger stock out of which the goods sold are to be taken, is not sufficient to transfer the property to the buyer. Thus, where the ascertainment of the goods depends upon their being separated from the bulk by the seller or a third party, or the buyer, by their being severed, weighed or measured or some other process, no property can pass until this be done. A *pucca* delivery order may create estoppel between the vendor and the holder of the order, but the title in the goods would

(١) حاشیة الشلبي علی تبیین الحقائق للزیلعي، باب التولیة،فصل بیع العقار قبل قبضه ٤: ٨١

www.besturdubooks.wordpress.com

not pass till the goods are ascertained and appropriated."[1]

يعنى: مجرد أن البائع أعطى الأمر بالتسليم للمشترى، وأنّ المشتريَ قد وضعها عند خازن المخزن الّذى يوجد فى حوزته الكمية الكبيرة التى يُستخلص منها الحصة المبيعة لايكفى لنقل الملك إلى المشترى. ولذا، فإنّه لو كان تعيين المبيع موقوفاً على فصله من الكمية الكبيرة، إما من قبل البائع أو المشترى أو شخص ثالث، بعزله بعد وزنه أو ذرعه أو بطريق آخر، لاينتقل الملك حتّى يُفعل ذلك. وإنّ "الأمر بالتسليم" الناضج يُنشئ "حق المنع"[٢] (Estoppel) بين البائع وحامل الأمر، ولكنّ الملك لا ينتقل حتى تتعين البضاعة المبيعة.

فتبيّن بهذا أنّ القانون لايعتبر هذه الوثيقة قبضاً، و لانقلاً للملك، ولكن من جهة أخرى، يسمح القانون الرأسماليّ بالبيع بدون الملك، وبدون القبض، ومن هذه الجهة يسمحُ ببيع "الأمر بالتّسليم" (Delivery Order) لأنّ بيعَ ما لايملكه الإنسانُ جائزٌ عندهم. أمّا الشّريعة الإسلاميّة، فلا تُجيز بيع ما لايملكه الإنسان، أو بيعَ ما ليس فى قبضه الحقيقيّ أو الحكميّ. فلا يجوز هذا البيع فى الشّريعة الإسلاميّة.

غيرَ أنّنا قدّمنا أنّ عند الشّافعيّة قولاً فى بيع ما لاتتفاوت آحاده، مثل الحنطة، أنّه إن اشترى قفيزاً واحداً من الصُّبرة، فإنّ الشّراء يُعتبر لحصّةٍ مُشاعَةٍ من الصُّبرة. قال جلال الدّين المحلّيّ رحمه الله تعالى فى شرح المنهاج:

---

(١) Pollock and Mulla On the Sale of Goods Act, 1930, Section 18, p 176

(٢) المراد من "حق المنع" فى القانون أن البائع إن أراد بيع تلك البضاعة إلى ثالث، فإنّ للمشترى منعه من ذلك على أساس هذه الوثيقة.

www.besturdubooks.wordpress.com

"ويصحّ بيعُ صاعٍ من صُبرة تُعلم صيعانُها للمتعاقدين، وينزل على الإشاعة. فإذا علما أنّها عشرةُ آصُع، فالمبيعُ عُشرها، فلو تلِف بعضُها، تلِف بقدره من المبيع."[١]

وعلى هذا القول، لو عُلمت الكمّيّةُ المجموعةُ في المخزن أنّها عشرةُ أطنان مثلاً، وبيعت منها كمّيّةٌ، مثلُ طنٍّ واحد، فإنّ الكمّيّةَ المذكورةَ على الوثيقة تُمثّل حصّةً مُشاعةً في مجموع ما في المخزن، ويُعتبر البيعُ أنّه بيعُ عُشر ما في المخزن. فلو هلك طنٌّ منه، فإنّه ينقُص قدرَ العُشر من الطّنّ المبيع. ولكنّه مشروطٌ بأن يعلم المتعاقدان مجموعَ الكمّيّة، وأن يتحمّل المشتري هلاك حصّته فيها. والعادةُ في أسواق السّلع أنّ المشتريَ لا يعرف الكمّيّةَ المجموعة في المخزن، ولا يُعتبر المشتري ضامناً عند هلاك بعضها بقدر حصّته فيها. فلا تنطبق عليه هذه الجزئيّة.

وكذلك حكمُ شراء السّلع المخزونة بواسطة البورصات العالميّة.[٢] وكثيرٌمن بياعات بورصات السّلع لايُقصد منها التّسليم والتسلّم، وإنمّا يُقصد بها المضاربات من خلال تذبذب أسعارها، وإنّ هذه العمليّات بالمقامرة أشبهُ منها بالبيوع الحقيقيّة، ولاشكّ في حرمتها.[٣] ولكن قد يُقصد بها البيوع الحقيقيّة. وحينئذٍ لابدّ من توافر الشّروط الشّرعيّة

---

(١) شرح المنهاج للمحلّيّ مع القليوبي وعميرة ٢: ١٦١

(٢) البورصة كلمة معربة من الكلمة الإيطالية Bourse ومرادفهاالأنكليزي Exchange وقد يقال لها بالعربية "المثابة" أو "الندوة المالية" وهي عبارة عن إدارة للسماسرة تنظم عمليّات التجارة في السلع أو أسهم الشركات أو النقود والأوراق المالية. راجع لتاريخها دائرة المعارف للبستاني ٥: ٦٧٩

(٣) وقد ذكرت بعض أقسام هذه العمليات في بحثي على "عقودالمستقبليات في السلع" انظر "بحوث في قضايا فقهية معاصرة" للمؤلف ١: ١٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

في ذلك. ومنها أنّ المشتريَ من تلك المخازن لايجوز له أن يبيعَها إلى آخر حتّى يقبضها بالطّريق الذي ذكرناه.

١٨١ – قبض العدديات

أمّا العدديّات، فالشّافعيّة والمالكيّة يشترطون العدَّ لتمام القبض،[١] كما يشترطون الكيلَ في المكيلات، والوزنَ في الموزونات. أمّا الحنفيّة، فيكفي عندهم التّخلية،[٢] وكذلك المكيلاتُ والموزوناتُ الّتي بيعت مجازفة، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى. وذكر ابنُ قدامة من مذهب الحنابلة أنّ مجرّد التّخلية لايُعتبر قبضاً حتى تُنقل من مكانها، وكذلك الحكمُ في ما بيع مجازفة.[٣] واستدلّوا في ذلك بما أخرجه مسلم في صحيحه عن عبدالله بن عمررضي الله تعالى عنهما قال: "كنّا نشتري الطّعامَ من الرُّكبان جُزافاً، فنهانا رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم أن نبيعَه حتّى ننقُلَه من مكانه."[٤] ولكنّ المختارَ عند الحنابلة أنّ القبضَ في العدديّات يحصُل بالعدّ، كما هو مذهبُ الشّافعيّة والمالكيّة، فقال البهوتي: "فلا يُشترط نقلُه"[٥] وقال في شرح منتهى الإرادات: "ولايُعتبر نقلُه بعد."

والّذين لايرَون نقلَ المبيع شرطاً لتمام القبض، مثلُ الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة،

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٨ والشرح الكبير للدرديرمع الدسوقي ٣: ١٤٤

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٩٩

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٤) صحيح مسلم، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض حديث ٣٨١٩

(٥) كشاف القناع ٣: ٢٣٤ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

والحنابلةِ في قولهم المختار، فإنّهم فسّروا حديثَ ابن عمر رضي الله عنهما بأنّ النّقل المذكور فيه عبارةٌ عن القبض، بدليل أنّه قد وقع في رواية سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال:

"رأيتُ الّذين يشترون الطّعام مجازفةً يُضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلّم أن يبيعوه، حتى يُؤووه إلى رحالهم."[1]

ولا يشترط أحدٌ لتمام القبض أن يذهب المشتري بالمبيع إلى بيته. ولذا قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: "الإيواء إلى الرِّحال خرج مخرج الغالب."[2] وقال العينيّ رحمه الله تعالى: "الإيواء المذكور فيه عبارةٌ عن القبض."[3] وقد ثبت في رواية عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهم "من ابتاع طعاماً، فلا يبعْه حتى يقبضه" وفي رواية نافع عنه: "فلا يبِعْه حتى يستوفيَه."(كلاهما عند مسلم) فظهر أنّ المقصود هو القبضُ والاستيفاء، والنّقلُ غيرُ مقصودٍ بذاته، ولعلّ التأكيدَ على النّقل كان للتثبّت في بداية الأمر، كي يتعوّدوا بالتأكّد من القبض الحقيقيّ، والله سبحانه أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري، باب ما يذكر في بيع الطعام والحُكرة، حديث ٢١٣١ وهذااللفظ له، وأخرجه مسلم أيضا، حديث ٣٨٢٢

(٢) فتح الباري ٤: ٣٥٠

(٣) عمدة القاري ١١: ٣٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

١٨٢- قبض النّقود

كانت الدّراهمُ المتّخَذة من الفضّة، والدّنانيرُ المتّخذة من الذّهب تُعتبر من الموزونات. فأمّا النّقودُ الرّائجة اليوم، سواءٌ أكانت فى صورة عُملة معدنيّة من غير الذّهب والفضّة، أم كانت فى صورة النّقود الورقيّة، فإنّها تُعتبر من العدديّات، فتجرى عليها أحكامُها فى تحقّق القبض، ولكن لها أحكامٌ تخُصّها، وخاصّةً بعد شيوع التّعاملات بواسطة البنوك. وإنّ تسليمَ النّقود وتسلُّمها بواسطة البنوك له صورٌ مختلفة نذكرها إن شاء الله تعالى فى أحكام الثّمن والطُّرق المختلفة لدفعه. والله سبحانه هو الموفّق للصّواب.

١٨٣- هل يكفى القبض السّابق على المبيع؟

كلُّ ماذكرنا من أحكام القبض يتعلّق بما إذا كان المبيعُ فى يدِ البائع عند العقد. وقد يكون المبيعُ بيد المشترى قبل العقد، فهل يجب عليه تجديدُ القبض بعد شراءه من المالك؟ فيه خلاف. فقال المالكيّة والحنابلة: يكفى قبضُه السّابق، ولايحتاجُ إلى قبضٍ جديد، سواءٌ أكان القبض السّابقُ قبضَ أمانة أم قبضَ ضمان، لأنّه مقبوضٌ بيده من قبل، فلاداعيَ لشيئ جديد. فإن كان السّابقُ قبضَ ضمان، مثل أن يكون القابضُ غصَبه من المالك، ثمّ اشتراه منه، فلا يتغيّر الحكم، لأنّه لايزالُ مضموناً عليه. وإنّما يتغيّر الحكمُ فيما إذا كان السّابقُ قبضَ أمانة، مثلُ الوديعة، حيثُ يصيرُ بعد البيع قبضَ ضمان، ولايحتاجُ هذا التّغيّرُ إلى قبضٍ جديد، إذ يمكن تغيّرُ الحكم مع استدامة القبض السّابق، كما لو كان المقبوضُ وديعةً لديه، غير مضمون عليه. ثمّ طالبه المودعُ

www.besturdubooks.wordpress.com

بردَ الوديعة، فجَحدها، صار مضموناً عليه وتغيّر الحكمُ بدون قبض جديد.[١]

أمّا الشّافعيّة، فاختلفت أقوالهم في المسئلة. و ذكر النّوويّ رحمه الله تعالى ما يُوافق المالكيّة والحنابلة من أنّ المبيعَ يُعتبر مقبوضاً للمشترى بمجرّد البيع، ثمّ قال: "ولايحتاج إلى إذنٍ فى القبض. وهل يُشترط مُضيُّ زمانٍ يتأتّى فيه القبض إذا كان المبيعُ غائباً عن مجلس العقد؟ فيه وجهان."[٢] والّذى ذكره المتأخّرون من الشّافعيّة أنّه إن كان غائباً عن مجلس العقد، يُشترط مضيُّ مدّة يتمكّن فيها المشترى من القبض، ولكن لايجب تجديدُ القبض، لأنّه فى قبضه حقيقةً.[٣]

وقال الحنفيّة: إنّ يدَ المشترى قبل البيع إن كان يدَ ضمانٍ بنفسه، مثل أن يكون يدَ غصب، يصيرُ المشترى قابضاً للمبيع بنفس العقد، ولايحتاجُ إلى تجديد القبض، لأنّ المغصوبَ مضمونٌ بنفسه، والمبيعُ بعد القبض مضمونٌ بنفسه، فتجانس القبضان، فناب أحدُهما عن الآخر، لأنّ التجانس يقتضى التّشابُه، والمتشابهان ينوبُ كلُّ واحدٍ منهما منابَ صاحبه ويسُدّ مسدّه، سواء كان المبيعُ حاضراً أوغائباً، لأنّ يدَ الغاصب فى الحالين يدُ ضمان.

أمّا إذاكان يدُه يدَ ضمانٍ لغيره، كيد الرّهن، بأن باع الرّاهنُ المرهونَ من المرتهن، فإنّه لايصير قابضاً إلاّ أن يكون الرّهنُ حاضراً، أو يذهبَ إلى حيثُ الرّهنُ، ويتمكّنَ من قبضه، لأنّ المرهونَ ليس بمضمونٍ بنفسه، بل بغيره وهو الدَّين، والمبيعُ مضمونٌ بنفسه،

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٧٢ ومثله مذهب المالكية، وراجع له شرح ميّارة الفاسي على تحفة الحكّام ١: ١٧٦

(٢) المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٨١

(٣) مغنى المحتاج ٢: ١٢٨ وفتح العزيزللرافعي بهامش المجموع ١٠: ٦٥ و١٠: ٧١

www.besturdubooks.wordpress.com

فلم يتجانس القبضان، فلا ينوبُ أحدهما عن الآخر.

وكذلك إن كانت يدُ المشتري يدَ أمانة، كيدِ الوديعة والعارية، لا يصير قابضاً إلاّ أن يكونَ بحضرته، أو يذهبَ إلى حيثُ يتمكّنُ من قبضه بالتّخلّي، لأنّ يدَ الأمانة ليست من جنس يد الضّمان فلا يتناوبان.[١]

وتبيّن ممّا ذكرنا أنّ القبضَ الجديدَ في صورة يد الأمانة إنّما يُشترط عند الحنفيّة فيما إذا كان المبيعُ غائباً عن مجلس البيع. فإن كان حاضراً بيد المشتري، فإنّ القبضَ يتحقّق فوراً. ويؤيّده ما أخرجه البخاريّ من حديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال:

"كنّا مع النّبيّ صلّى الله عليه و سلّم في سفر، فكنتُ على بَكْرٍ صعْبٍ لعمر، فكان يغلبني فيتقدّم أمام القوم فيزجُره عمر ويردُّه، ثمّ يتقدّم فيزجُره عمر ويردُّه، فقال النّبيّ صلّى الله عليه و سلّم لعمر: "بعينه". قال: هو لك يا رسول الله! قال: "بعنيه". فباعه من رسول الله صلّى الله عليه و سلّم. فقال النبيّ صلّى الله عليه و سلّم: "هو لك يا عبدَ الله بن عمر! تصْنعُ به ما شئت."[٢]

فكان عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قابضاً للجمل قبضَ أمانة، لأنّه كان استعارَه من أبيه، ثمّ لمّا وهبه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم، صار قبضُه قبضَ ضمانٍ بصفته مالكاً. ولم يزل راكباً عليه بكلتا الصّفتين، دون أن يُجدّد القبض، لأنّه لم يكن هناك اشتباهٌ في تميّز قبض الضّمان من قبض الأمانة.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٠٤

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث ٢٠٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا إذا كان المبيعُ غائباً، فيشترط الحنفيّةُ القبضَ الجديد، بأن يُحضِر المبيعَ إلى مجلس العقد، أو يذهبَ المتبايعان إليه، ويحصُلَ التّخلّي بينه وبين المشترى، بينما المالكيّةُ والحنابلةُ لايشترطون ذلك. ويشترط الشّافعيّة (فى قول) أن تمضيَ مدّةٌ يتمكّن فيها المشترى من القبض الجديد. وثمرةُ الخلاف تظهر فيما إذا كان المبيعُ غائباً عن مجلس العقد، ثمّ هلك بدون تعدٍّ من المشترى قبلَ أن يُحضَر إلى مجلس العقد، أو يذهبَ المتبايعان إليه. فبما أنّ القبضَ حصل بمجرّد عقد البيع عند المالكيّة والحنابلة، فإنّه يهلك من مال المشترى. وعند الحنفيّة يهلِك من مال البائع، لأنّه كان بيد المشترى أمانةً، ولم يتحقّق القبض الجديدُ الّذى ينتقل به ضمانُه إلى المشترى. أمّا عند الشّافعيّة، فإن مضت مدّةٌ يتمكّن فيها المشترى من القبض الجديد، يهلك من مال المشترى، وإلاّ فمن مال البائع.

والّذى يظهر أنّ مقصودَ الحنفيّة أن تتميّز يدُ الأمانة من يد الضّمان، وتتبيّنَ النّقطةُ الّتى ينتقل فيها ضمانُ المبيع إلى المشترى، فلو هلك المبيعُ قبل أن يقبضَه المشترى من جديد، فإنّه يمكنُ أن يُثير النّزاع بأن يقولَ المشترى إنّه هلك من مال البائع، لأنّه كان بيدى أمانةً، ولم أقبِضها بعد البيع، ويقولَ البائع إنّه هلك من مال المشترى، لأنّه تمّ عقد البيع. والمقصودُ من اشتراطِ القبض الجديدِ فى صورة الرّهن أن تتميّز نوعيّةُ الضّمانين، وأن تتبيّن النُّقطة الّتى تتغيّر منها نوعيّةُ الضمان. فالمرهونُ عند المرتهن مضمونٌ بالأقلّ من قيمته ومن الدّين، بمعنى أنّه إن هلك فى يد المرتهن، سقط الدَّينُ بذلك المقدار، وإن كانت قيمتُه أكثرَ من الدَّين لايضمن المرتهنُ الزّيادة، فضمانُ المرهون ليس كاملاً. أمّا ضمانُ المبيع بعد القبض، فضمانٌ كامل. فلو هلك عند المشترى بعد القبض، فإنّه هو

www.besturdubooks.wordpress.com

الّذى يتحمّل الخسرانَ بكامله، فلابُدّ من تعيين النّقطة التى يتغيّر منها الضّمان من النّاقص إلى الكامل، فإنّه إن هلك المبيعُ قبل القبض الجديد، يمكن أن يُثير النّزاعَ فى نوعيّة الضّمان: هل هومضمونٌ بنفسه أو بالدَّين كماأسلفنا.

ومن هُنا يظهر أنّ المهمّ هو تبيّنُ نقطة انتقال الضمان بالتّخلية، ولذاقالوا "يذهبُ إلى حيثُ يتمكّنُ من قبضه بالتّخلّى". فالظّاهر فى البُيوع الّتى تتمّ فيما بين المتباعدَين، ويتعذّرُ تجديدُ القبض حسّاً، كما هو الحالُ فى التّجارة الدّوليّة اليوم، أنّ المقصودَ يحصُل بتعيين نُقطة انتقال الضّمان بنصٍّ فى العقد أنّ المشتريَ يُعتبرُ قابضاً منذ تلك النُّقطة بقبضٍ جديد. والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com



١٨٤- الباب الثانى

فى

أحكام الثّمن و ما يُشترط فيه

بعد الفراغ من أحكام البيع الّتى تتعلّق بالمبيع وشروطه، ننتقل الآنَ إلى أحكام الثّمن. وإنّ أحكام الثّمن الّتى نريد أن نذكرَها فى هذا الباب على ثلاثة أقسام: الأوّل: شروطُ كون الشّيئ ثمناً فى البيع. والثّانى: الطُرقُ المختلفة لدفع الثّمن، وما تبرأ به ذمّةُ المشترى، وما يُعتبر قبضاً للثّمن من قِبل البائع. والثّالث: هل تتعيّن النّقود بالتّعيين فى العقود؟ وبالله سبحانه التّوفيق.

١٨٥- شروط كون الشّيئ ثمناً

أمّا الشّروط الّتى يجب أن تتوافر فى الثّمن، فهى ما يأتى:

الشّرط الأول: ماليّة الثمن

فالشّرط الأوّل فى الثّمن أن يكون مالاً متقوّماً شرعاً. وكلُّ ماذكرنا فى ماليّة المبيع

www.besturdubooks.wordpress.com

وتقوّمه يجرى فى ماليّة الثّمن أيضاً. فإن كان الثّمنُ والمبيعُ كلاهما عروضا سُمّيَ "مُقايَضَة"، ويُشترط لجوازه أن لايستلزم الرّبوا. وسيأتى الكلامُ عليه فى باب مستقلّ إن شاء الله تعالى. وإن كان كلاهما نقداً سُمّي صَرفاً، وسيجيئ حكمُه فى باب الصَّرف إن شاء الله تعالى.

١٨٦- الشّرط الثانى أن يكون الثّمن معلوماً

والشّرط الثّانى هو معلوميّة الثّمن، وهو من شرائط الصحّة، دون الانعقاد عند الحنفيّة، فالبيعُ فاسدٌ إن كان الثّمنُ مجهولاً، سواء أكانت الجهالةُ فى جنسِ الثّمن، أم فى تعيينِه أم فى قدره، كما بينّا فى المبيع. والدّليلُ على فساد البيع بجهالة الثّمن أنّ فيه غرراً، وقد نهى النّبيَ الكريمُ صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر. وقدّمنا فى شروط المبيع (الشّرط الخامس) تعريف الغرر وما يتضمّنه هذا الاصطلاح، وذكرنا هناك أنّ جهالةَ الثّمن نوعٌ من أنواع الغرر. وكذلك يدلّ عليه حديثٌ آخر أنّ النبيَ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين فى بيعة. أخرجه الترمذىّ والنّسائيّ عن أبى هريرة رضى الله عنه[1]. وقال الترمذيّ: "حديث حسن صحيح". ورواه مالك بلاغاً. وقال الإمام الترمذيّ رحمه الله تعالى فى تفسيره:

"وقد فسّر بعضُ أهل العلم، قالوا: بيعتين فى بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثّوب بنقدٍ بعشرة، وبنسيئةٍ بعشرين، ولايفارقه على أحد البيعتين، فإن

(١) سنن النسائي، كتاب البيوع، باب ٧٣ حديث ٤٦٣٦ وجامع الترمذى، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

فارقه على أحدهما فلابأس، إذا كانت العقدةُ على أحدٍ منهما."[١]

فعلَة الفساد في "بيعتين في بيعة" أنّ الثّمن متردّد، ولم يجزم به العاقدان عند العقد.

١٨٧- وقتُ كون الثّمن معلوماً

ثمّ هُناك اختلافٌ بين الإمام أبي حنيفة والجمهور، (ومنهم صاحباه، رحمهم الله تعالى)، في وقت كون الثّمن معلوماً، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب أن يكون الثّمنُ معلوماً عند العقد. وذهب الجمهورُ إلى أنّ العقدَ يصحّ إذا كان الثّمنُ يؤول إلى علم، وإن لم يكن مقدارُ الثّمن معلوماً عند العقد.

وعلى هذا لو قال البائع: "بعتُ منك هذه الصُّبرةَ من الحنطة، كلُّ قفيزٍ منها بدرهم" ولم يُسمّ جملة قفزانها، لم يجُز البيعُ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلاّ في قفيز واحد منها بدرهم، فيصحّ البيع في هذا القفيز الواحد فقط، ولكن له الخيار إن شاء أخذ[٢] القفيز بدرهم، وإن شاء ترك. ولايجوز في الباقي، إلاّ إذا علم المشترى جملة القِفزان قبل الافتراق، بأن كالَها، فله الخيار. وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرّر الفساد.

وعند أبي يوسف ومحمّد رحمهماالله تعالى يلزمه البيع في كلّ الصُّبرة، كلُّ قفيز منها

---

(١) جامع الترمذيّ، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

(٢) والظاهر مما نقله الكاسانيّ في البدائع أن البيع لازم في القفيزالواحد ولاخيارللمشترى عندأبي حنيفة، ولكن ذكرالمتأخرون أن له الخيار في هذه الصورة أيضا، لتفرق الصفقة عليه، وسمّوه "خيارالتكشف" كمافي الدرالمختار. ولكن الظاهر من كلام ابن عابدين رحمه الله تعالى أنه رجح ماجاء في البدائع من أن البيع لازم على المشترى ولاخيارله فيه. (راجع ردالمحتار١٤: ١٤٥).

www.besturdubooks.wordpress.com

بدرهم، سواءٌ أعلم مقدارَ جملة الصُّبرة أم لم يعلم. وهو قول الإمام مالك والشافعيّ وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى، كما فى المغنى[١] وثمرةُ الخلاف تظهر فى أمرين: الأوّل: أنّه لو كال فى المجلس، وعلِم جُملة القفزان، لزمه البيعُ عند الصّاحبين والجمهور.

أمّا عند أبى حنيفة، فللمشترى الخيارُ: إن شاء أخذ الصُّبرة، وإن شاء تركه. والثّانى: أنّه إن كيلت الصُّبرة بعد الافتراق، فالظّاهرُ من مذهب أبى حنيفة أنه يحتاجُ إلى عقدٍ جديد بتراضى الطرفين، فلايُجبرُ البائع على البيع، ولا المشترى على الشّراء. والبيعُ عند الصّاحبين والجمهور لازمٌ على الطّرفين.

وجهُ قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّ الثّمن لايكون معلوماً حتىّ يُسمّيَ جملة القفزان، فالصُّبرة يمكن أن تتعيّن وتُعرف بالإشارة، فيجوز بيعُها إن سمّى للجُملة ثمناً واحداً. ولكن حينما قال: "كلُّ قفيز بدرهم" صار قدرُ الثّمن مجهولاً، فلم يجُز البيعُ فى الجملة، غير أنّ القفيزَ الواحد معلومٌ قدرُه وثمنُه، فانعقد البيع فى ذلك القدر. فإن صار قدرُ الجملة معلوماً قبل افتراق المجلس، فللمشترى الخيار، لأنّه عَرف الثّمن الآن، فيحتاجُ إلى نظرٍ جديد، لأنّه قد يُقدِّر الصُّبرةَ أقلَّ من الواقع، فيرضى بثمن المجموع، ولكن يتبيّن له بعد الكيل أنّ قدرَ الصُّبرة أكثرُ ممّا كان يتوقّع، وأنّه يجب عليه ثمنٌ أزيد ممّا كان رضيَ به، فيفوت رضاه.

وقال أبويوسف ومحمّد رحمهماالله تعالى والأئمّةُ الثّلاثة: إنّ جملةَ المبيع معلومةٌ بالإشارة، وجملةُ الثّمن ممكنُ الوصول إلى العلم بالكيل، فكانت هذه الجهالةُ ممكنةَ

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com

الرَّفع، ومثلُ هذه الجهالة لاتمنع صحّةَ البيع، كماإذا باع بوزنِ هذاالحجر ذهباً. وأجاب عنه أبوحنيفة رحمه الله تعالى بأنّ الجهالةَ موجودةٌ عند العقد إلى أن ترتفع، وإن ارتفعت في المجلس انقلب العقد إلى الجواز، والبيعُ بوزن هذاالحجر ذهباً ممنوعٌ أيضاً عند أبي حنيفة، فلايتمّ به الإلزام.[1]

وعلى هذا الخلاف جميعُ المثليّات من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديّات، فإن كان جملةُ الثّمن مجهولةً عند العقد، لايصحّ البيع عند أبي حنيفة في الجملة، ويصحّ عندهم، غيرأنّ الإمام أباحنيفة يجوّز البيع في وحدةٍ واحدةٍ في المكيلات والموزونات والعدديّات المتقاربة فقط. أمّا في المذروعات أوالعدديّات المتفاوتة، فيفسُد عنده البيع في الكلّ، فإذا قال: بعتُ منك هذا الثّوب أو هذه الأرض أو هذه الخشبة كلُّ ذراعٍ منها بدرهم، ولم يُسمّ جملة الذُّرعان، أو قال: بعت منك هذاالقطيعَ من الغنم، كلُّ شاةٍ منها بعشرة دراهم، ولم يُسمّ جمُلة الشّياه فسد البيع في الكلّ، لأنّ في المذروعات ربمّا لايرضى المشترى بذراع فقط، وفي العدديّات المتفاوتة إذا أجزنا البيع في واحد، فتعيينُ ذلك الواحد يُفضي إلى النّزاع، فلاسبيل إلى جواز البيع في وحدةٍ واحدة، فالبيع فاسد في الكلّ. وكذلك الأصحّ من مذهب أبي حنيفة أن المشتري لو علم جملة الذّرعان أو جملة الشّياه في المجلس لاينقلب الغقد صحيحاً، فيحتاج إلى عقد جديد، ويكفي التّعاطي لهذاالعقد الجديد، كما في الدّر المختار وردّالمحتار.

ثمّ هذا أصل مذهب أبي حنيفة، ولكنّ المتأخرين من الحنفيّة اختاروا قولَ

---

(١) هذا ملخص مافي بدائع الصنائع ٤: ٣٥٩ و ٣٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

الصّاحبين للفتوى، كما فى الدّرالمختار. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "(قوله وبه يُفتى) وعزاه فى الشّرنبلاليّة إلى البرهان، وفى النَهر عن عيون المذاهب: وبه يُفتى لا لضعف دليل الإمام، بل تيسيراًهـ وفى البحر: وظاهرُ الهداية ترجيحُ قولهما لتأخيره دليلَهما، كماهو عادته اهـ قلت: لكن رجّح فى الفتح قولَه وقوّى دليله غلى دليلهما، ونقل ترجيحَه أيضاً العلاّمة قاسم عن الكافى والمحبوبيّ والنّسفيّ وصدرالشّريعة، ولعلّه من حيثُ قوّةُ الدّليل، فلايُنافى ترجيحَ قولهما من حيثُ التّيسير. ثم رأيتُه فى شرح الملتقى أفاد ذلك، وظاهره ترجيحُ التّيسير على قوّة الدّليل."[١]

١٨٨- البيع بالرّقم

وتحدّث الفقهاء فى هذاالمجال عن البيع بالرَّقْم. والرَّقْمُ علامةٌ يُعرف بها مقدارُ ما وقع به البيعُ من الثّمن.[٢] وكان البائعُ ربمّا يقول: بعتُك هذا الشّيئَ برَقْمه، يعنى بالثّمن الّذى يظهرُ بالعلامة الموجودة على المبيع، لايعْلمُ المشترى معناها عند العقد. وهذاالبيعُ غيرجائز عند معظم الفقهاء، إلاّ إذا علم المشترى الثّمنَ فى المجلس فيُخيّر. وليس معناه أنّ العقد ينقلب جائزاً، بل المقصود أنّه يحتاج إلى عقد جديد بالتّراضى، ولو بالتّعاطى. قال الإمام شمس الأئمة الحلوانيّ رحمه الله تعالى: "وإن علم بالرّقم فى المجلس، لاينقلب ذلك العقدُ جائزاً، ولكن إن كان البائع دائماً

(١) ردالمحتار ١٤: ١٤٩و١٥٠

(٢) ردالمحتار ١٤: ١٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

على الرِّضا، فرضيَ به المشترى ينعقد بينهما عقدٌ ابتداءً بالتّراضى."[(١)]

أمّا إذا علم المشترى معنى الرّقم عند العقد، وعلم به مقدارَ الثمن، كما هو المعروف فى زماننا من أنّ الثّمنَ يكون مكتوباً على المبيع، ويعرفه المشترى، فلاخلافَ فى جواز البيع، لأن الثّمن مغلوم. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "قال أحمد: ولابأس أن يبيع بالرّقْم ومعناه أن يقول: بعتُك هذا الثّوب برقمه، وهوالثّمنُ المكتوبُ عليه إذاكان معلوماً لهما حالَ العقد. وهذا قولُ عامّة الفقهاء، وكرهه طاوس...فإن لم يكن معلوماً لهما، أولأحدهما، لم يصحّ، لأنّ الثّمن مجهول."[(٢)]

١٨٩- البيع بسعرالسُّوق

اذاعقد المتبايعان البيعَ على سعرالسُّوق، فإن كان معلوماً لهما عند العقد، فلا إشكالَ فى جوازه. وأمّا إذالم يكن معلوماً لهما عندالعقد، ففيه كلام. وأصلُ المذهب عند الأئمّة الأربعة أنّه لايجوز،إلاّ إذا علم المشترى بالقدر فى المجلس ورضيَ به.[(٣)] ولكن هناك وجهٌ فى مذهب الشافعيّة، حكاه النّووىّ قال: "وحكى الرّافعىّ وجهاً ثالثاً أنّه يصحّ مطلقاً، للتّمكن من معرفته، كما لوقال بعتُ هذه الصُّبرة، كلُّ صاع

(١) فتح القدير ٥: ٤٧٤

(٢) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٦٤

(٣) ردالمحتار ١٤: ١٠٥ ما يُبطل الإيجاب، والمجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٣ والدسوقى على الشرح الكبير ٣: ١٥ وكشاف القناع ٣: ١٦٣ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٥٢

www.besturdubooks.wordpress.com

بدرهم، يصحّ البيع وإن كانت جملةُ الثّمن فى الحال مجهولة. وهذاضعيفٌ شاذ."[١]

وكذلك هناك روايةٌ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى جواز البيع بما ينقطع عليه السّعر، ذكره المرداويّ روايةً عنه، وقال: اختاره الشيخ تقيّ الدّين.[٢] كذلك ذكر ابنُ القيّم رحمه الله تعالى أنّه منصوصٌ عن الإمام أحمد، وهو الّذى اختاره شيخُه ابن تيميّة رحمهم الله جميعا. وإنّ ابن القيّم رحمه الله تعالى حينماأجاز هذاالبيع لم يُفرِّق بين ما يتغيّر أسعارُه وبين مالايتغيّر سعره، فإنّه ذكره فى مسئلة بيع الاستجرار، وذكر فيه ارتفاعَ الأسعار وانخفاضَه.[٣]

أمّا المتأخّرون من الحنفيّة، فأجازوا البيع بسعر السّوق فيما لاتتفاوت آحاده، ولايتغيّر سعرُه لآحاد النّاس. قال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "وممّا لايجوز البيعُ به البيعُ بقيمته أو بما حلّ به، او بما تُريد أوتُحبّ، أو برأس ماله، أوبما اشتراه، أوبمثل مااشترى فلان، لايجوز...وكذا لايجوز بمثل ما يبيع النّاس، إلاّ أن يكون شيئاً لايتفاوت كالخبز واللّحم."[٤] وهوالّذى حكاه ابنُ عابدين عن صاحب النّهر، قال: "ومنه (أى ممّالايجوز) أيضاً مالو باعه بمثل مايبيع النّاس، إلاّ أن يكون شيئاً لايتفاوت."[٥]

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٣ وليتنبه أنه لم يذكر البيع بسعرالسوق صراحة، ولكن قال: "ولوقال بعتك هذه السلعة برقمها أى بالثمن الذى هو مرقوم به عليها، أوما باع به فلان فرسه أوثوبه..." والظاهر أنّه ينطبق على سعرالسوق أيضا.

(٢) الإنصاف للمرداويّ، مدخل كتاب البيوع ٤: ٢٢٤

(٣) إعلام الموقعين ٤: ٧و ٨

(٤) فتح القدير مع الكفاية ٥: ٤٦٧

(٥) ردالمحتار ١٤: ١٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com

والحاصلُ: أنَ الأشياءَ على قسمين: قسمٌ تتفاوت أسعاره بتفاوت الآحاد، ولايمكن تحديدُ سعرها بمعيارٍ منضبط معلوم، فمن التجّار من يبيعه بعشرةٍ مثلاً، ومنهم من يبيعه بأقلّ أوأكثر، وحينئذٍ لايجوز البيعُ بسعر السّوق، لأنّ سعر السّوق، إن لم يكن معلوماً للمتبايعين عند العقد فى مثل هذه الأشياء، اصطلاحٌ غير مستقرّ، فيبقى الثّمن مجهولاً بجهالة فاحشةٍ تُفضى إلى النّزاع.

والقسم الثّانى للمبيعات: هو الّذى لاتتفاوت آحادُه، ولاتتفاوت أسعارُه فيمابين الآحاد، وإنّها تنضبط بمعيارمعلوم يعرفه المتعاملون، ولايحتمل أن يقع الخطأ أوالنّزاع فى تطبيقه. فالبيعُ بسعرالسّوق فى هذاالقسم جائز، لأنّ ذكر مثل هذاالمعيارالمنضبط يقوم مقام ذكرالثّمن، فليس فيه جهالةٌ تُفضى إلى النّزاع. ويبدو أنّ هذاالقولَ أعدلُ وأوفقُ بالقواعد. وهناك أشياءٌ تتغيّر قيمتُها كلَّ يوم، بل كلَّ ساعة فى بعض الأحوال، مثل الذّهب والفضّة وأسهم الشّركات، ولكنّها منضبطةٌ لاتتغيّر بتغيّر التّجار، وقيمتُها مسجّلةٌ حسبَ الأوقات. فلو بيعت هذه الأشياءُ بسعرِ السّوق، فلابدّ من ذكر وقت التّقييم عند العقد، والله سبحانه أعلم.

١٩٠– تعيين الثّمن على أساس التّعامل السّابق بين العاقدين

ربّما يشترى المرأ من البائع أشياء مرّةً بعد أخرى، ويتعيّن الثّمنُ بينهما عند أوّل شراء، وحينئذٍ لايحتاجان لبيان الثّمن فى كلّ مرّة، بل يكون الثّمنُ ما وقع عليه التّعاملُ بينهما، ويجوز أن تكون العقود الآتيةُ مبنيّةً على أساس التّعامل، ويسرى مفعولُه إلى أن يطلب أحدُ العاقدين التّغيير فى الثّمن. وحينئذٍ لا يسرى مفعول التّعامل، بل يجب أن يتّفق العاقدان على الثّمن من جديد. وقد استدلّ الإمام البخاريّ رحمه الله تعالى على ذلك بما

www.besturdubooks.wordpress.com

رواه تعليقاً عن الحسن البصريّ رحمه الله تعالى أنّه اكترى من عبدالله بن مِرداس حماراً، فقال: "بكم؟" قال: "بدانقين". فركبه، ثمّ جاء مرّةً أخرى، فقال: "الحمار! الحمار!" فركبه، ولم يُشارِطْه، فبعث إليه بنصف درهم. وقال الحافظ العينيّ رحمه الله تعالى فى شرحه:

"وقد جرى العُرفُ أنّ شخصاً إذا اكترى حماراً، أو فرساً، أو جملاً، للركوب إلى موضع معيّن بأجرة معيّنة، ثمّ فى ثانى مرّةٍ إذا أراد ركوبَ حمار هذا على العادة، لايُشارطه الأجرة لاستغناءه عن ذلك باعتبار العُرف المعهود بينهما...ووصل هذا التّعليقَ سعيد بن منصور عن هشيم عن يونس، فذكر مثله."[1]

والّذى يتحصّل من الأحكام الفقهيّة المتعلّقة فى الموضوع أنّه يجبُ لصحّة البيع أن يكون الثّمنُ معلوماً للعاقدين عند العقد، أو يكونا قد اتّفقا على معيار منضبطٍ لتعيين الثّمن، بحيثُ لايبقى فى تعيينه مجالٌ للنّزاع، أو يكون الثّمن متعيّناً على أساس التّعامل الجارى بينهما.

١٩١ –تعيين الثّمن فى القوانين الوضعيّة

أمّا القوانين الوضعيّة، فقد فَسحت المجالَ لعقود البيع بدون تعيين الثّمن عند العقد، وبدون تعيين معيارٍ منضبط لتعيينه فيما بعد. فالشّقّ الأول للمادّة ٩ من "قانون بيع المال" المطبّق من قبل الحكومة الإنكليزيّة فى شبه القارة الهنديّة، تذكُر ثلاثة طرق لتعيين الثّمن: الأوّل:

(١) عمدة القارى، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم فى البيوع والإجارة الخ ١٢: ٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

تعيينُه بنصٍّ في العقد، والثّاني: ذكرُ طريقٍ لتعيينه فيما بعد، والثّالث: تعيينُه حسبَ تعامل العاقدين. ثمّ تقول المادّة في شقّها الثّاني:

"Where the price is not determined in accordance with the foregoing provisions, the buyer shall pay the seller a reasonable price. What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case."

"إن لم يُعيَّن الثّمنُ بالطّرق المذكورة في الشّقّ الأوّل، يدفعُ المشتري إلى البائع "ثمناً معقولاً". و وكونُ الثّمن معقولاً أمرٌ يتعلق بالواقع وهو موقوفٌ على أحوال خاصّةٍ بكلّ قضيّة بذاتها."

وهذا النّصّ صريحٌ في أنّ البيع يصحّ وإن لم يكن الثّمن معلوماً بإحدى الطّرق الثلاثة. وهذا بالرّغم من أنّ المادّة ٢٩ من قانون العقود يُصرّح بأنّ العقود الّتي تشتمل على إبهام (Uncertainty) باطلة. ومن أجل أنّ قانون بيع المال فَسَح المجال لعدم تعيين الثّمن، قد وقعت نزاعاتٌ كثيرةٌ في المحاكم حكاها شرّاح هذا القانون.[١]

وإنّ الشّريعةَ الإسلاميّة أولَتْ عنايةً بالغةً بكون العقد شفّافاً لايُثير النّزاعات، ولذلك منعت العقود الّتي فيها جهالةٌ مفضيةٌ إلى النّزاع. فإن لم يتعيّن الثّمن بأحد الطّرق الثلاثة الّتي ذكرناها، فإنّ البيعَ فاسدٌ شرعاً، ويجب على المتعاقدين فسخُه، وردُّ المبيع إلى البائع إن قبضه المشتري، ثمّ إن أرادا عقدا البيع من جديد بتعيين الثّمن. وإن تصرّف المشتري في المبيع بأن باعه إلى آخر مثلاً، أثم بذلك، ولكن صحّ البيعُ الثّاني إن استوفى شرائط الصّحّة، ووجب على المشتري الأوّل مثل المبيع إن كان من ذوات الأمثال، والقيمةُ السّوقيّة إن كان من ذوات القِيم، كما سيأتي في مبحث البيع الفاسد إن

---

(١) *See* Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act. Sec. 9.

www.besturdubooks.wordpress.com

شاء الله تعالى.

١٩٢ـ أثر النّفقات الإجرائيّة على الثّمن

إنّ البيوع المعاصرة ربّما تحتاج إلى إجراآت كثيرة، مثل صياغة العقود من قبل ذوى الاختصاص من المحامين، وتسجيلها فى الجهات الرسميّة، وكلّ ذلك يتطلّب نفقات. وبما أنّ هذه الإجراآت يحتاج إليها وينتفع بها كلّ واحد من العاقدين، فالأصلُ فيها أن يتشاركا فى تحمّل هذه النّفقات. ولكن إذا اتّفقا بالتّراضى على أن يتحمّلها أحدهما، فلا يظهر هناك مانعٌ شرعيٌّ من ذلك، بشرط أن لايُتّخذ ذلك حيلةً لمطالبة ما هو محظورٌ شرعاً. وبهذا أخذ المجلس الشّرعيّ لهيئة الحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة فى المعيار الشّرعيّ رقم ٨ للمرابحة للآمر بالشّراء. وتنصّ الفقرة ٣/٤/٢ منه مايأتى:

"مصروفاتُ إعداد العقود المبرمة بين المؤسّسة والعميل تُقسّم بينهما، مالم يتّفق الطّرفان على تحمّل أحدهما لها، على أن تكون تلك المصروفاتُ عادلةً، أى على قدر العمل، حتّى لاتشتمل ضمناً على عمولة ارتباط، أو عمولة تسهيلات.[١]"

١٩٣ـ أثر الضّرائب الحكوميّة على الثّمن

إنّ من عادة التّجّار أنّهم يأخذون فى الاعتبار الضّرائبَ المفروضة عليهم عند تعيين

---

(١) "عمولة ارتباط" عمولة تتقاضى من أحد الطرفين لمجرد استعداده للتعاقد مع الآخر، سواء أتمّ العقد بينهما أم لم يتمّ. و"عمولة تسهيلات" هى العمولة التى تأخذها مؤسسة ماليّة لمجرد استعدادها لتقديم التمويل إلى الآخر. وكلاهما ممنوع شرعاً، لأنّهما داخلتان فى معنى الرشوة.

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمن. وهذا القدرُ لا مانع منه شرعاً. ولكن قد يُنصّ فى عقد البيع أنّ الحكومة إن حسمت مبلغاً من الثّمن المدفوع بسبب البيع، فإنّ المشتريَ يلتزم بأ نه يدفع إلى البائع مبلغاً يُساوى المقدار المحسوم من قبل الحكومة، حتّى يكون ما حصل عليه البائع صافياً هو مقدارُ الثّمن المتّفق عليه. فهل يجوز النّصّ بمثل هذا الشّرط فى العقد؟ والّذى يظهر لى أنّ ما تقتطعه الحكومة من ثمن البيع كضريبة هو على قسمين:

القسم الأوّل: ما تقتطعه الحكومة كجزء من ضريبة الدّخل (Income Tax) المفروض على البائع، وإنّ ضريبة الدخل المفروضة على البائع سنويّاً ينتقص بذلك القدر، ويُسمّى فى العادة withholding tax أى "الضّريبة المحبوسة". فإن كان مقدارُها معلوماً عند العقد، جاز تضمينه فى الثّمن بتراضى الطّرفين، لأنّه لاغررَ فيه. أمّا إذا لم يكن معلوماً، ففيه غررٌ لايجوز تحميلُه على المشترى، لأنّ ما يُقتطع من الثّمن ينتفع به البائع عند تصفية ضرائبه السنويّة، فكأنّ هذا المقدار يعود إليه عند التصفية، فلا يجوز إلزام المشترى به وفيه غرر.

والقسم الثّانى من الضّرائب: هو ما تفرضه الحكومة على عمليّة البيع، وليس جزءٌ من ضريبة الدّخل، ولا يُحتسب به عند تصفية حسابِ ضريبة الدّخل السنويّة لأحد الطّرفين. وبما أنّ هذه الضّريبة مفروضةٌ على عمليّة البيع نفسها، فإنّها فى حُكم النّفقات الإجرائيّة، وقدّمنا أنّ الأصلَ فيها أن يتحمّلها الطّرفان، ولكن يجوز بتراضى الطّرفين أن يتحمّلها أحدُهما. وعلى هذا، يجوز أن يُشترط ذلك فى نصّ العقد أنّ المُشتريَ هو الّذى يتحمّلها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

١٩٤- معلوميّة الأجل

ويجب لمعلوميّة الثّمن إن كان البيعُ مؤجّلاً أن يكون الأجلُ معلوماً، وسيأتى بيان ذلك فى أحكام البيع المؤجّل إن شاء الله تعالى.

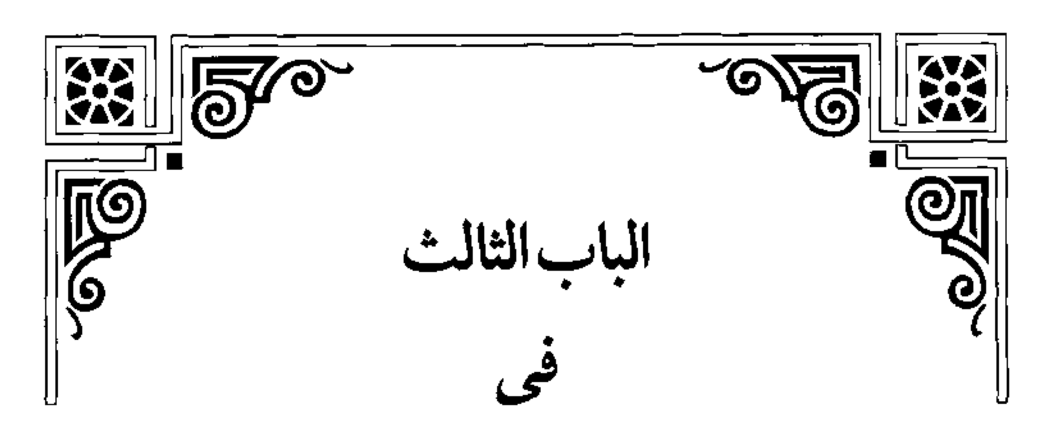
١٩٥- لايُشترط كونُ الثّمن مملوكاً للمشترى عند العقد

وإن كان الثّمنُ من النّقود أو الفلوس، فإنّه لايُشترط لصحّة البيع أن يكون الثّمنُ مملوكاً للمشترى عند العقد، كما يجب أن يكون المبيعُ مملوكاً للبائع، فإنّ الثّمن إنّما يجبُ فى ذِمّة المشترى، ويجوزُ له فى البيع الحالّ أن يتملّك النّقودَ بعد العقد، ويدفعها إلى البائع، ويجوز أيضاً أن يكون الثّمنُ مؤجّلاً. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا اشترى الرّجلُ فلوساً بدراهم ونقد الثّمنَ، ولم تكن الفلوسُ عند البائع، فالبيعُ جائز، لأنّ الفلوسَ الرائجة ثمنٌ كالنّقود، وقد بيّنّا أنّ حكمَ العقد فى الثّمن وجوبُها ووجودُها معاً، ولايُشترط قيامُها فى ملك بائعها لصحّة العقد، كما لايُشترط ذلك فى الدّراهم والدّنانير."[١]

(١) المبسوط للسّرخسي ١٤: ٢٤

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الثالث

فى

الطّرُق المختلفة لأداء الثّمن

١٩٦ –أحكام أداء الثمن عن طريق الحوالة

ثمّ لأداء الثّمن طرقٌ مختلفةٌ أبسطُها دفعُ الثّمن نقداً. ولكن قد يقع ذلك بطريق الحوالة. ومعناه أنّ المشتريَ بدلاً من أن يوفيَ الثّمن بنفسه، يُحيلُ البائعَ على أحدٍ غيره، ليتسلّم البائعُ الثّمن منه. وإنّ الفقهاءَ لم يذكروا هذا القسمِ من جملة أقسام البيع، لأنّ الحوالةَ لاتختصّ بالبيع، بل يُمكن حوالةُ أيّ دَين، ولذا، فإنّهم ذكروا أحكام الحوالة فى كتابٍ مستقلّ، ولأنّ وفاءَ الثّمن بطريق الحوالة لم يكن فاشياً فى عهدهم. أمّا فى عصرنا، فقد شاع هذا الطّريقُ فى معظم البياعات الّتى يُوفى فيه الثّمنُ عن طريق الشّيكات، أو البطاقات. ولذلك أردنا أن نذكره بصفته قسماً من البيع. فنذكرُ أوّلاً موجَز أحكام الحوالة العامّة، ثمّ نذكرُ تطبيقاتِها فى التّجارات المعاصرة إن شاء الله تعالى.

١٩٧– حقيقة الحوالة

الحَوالة فى الاصطلاح الفقهيّ: نقلُ الدَّين من ذمّةٍ إلى ذمّةٍ أخرى. والأصلُ فى

www.besturdubooks.wordpress.com



مشروعيّته ما رواه أبوهريرة رضى الله تعالى عنه أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "مَطْلُ الغنيّ ظُلمٌ، فإذا أُتبِع أحدُكُم على مَلِيءٍ فليَتْبَعْ."[1]

وحاصلُه أنّ المديونَ، بدلاً من أن يؤدّيَ دَينه بنفسه، يأمر المديونَ أن يُطالِبَ شخصاً آخرَ يلتزمُ أداءَ دَينه بدلاً منه. والمديونُ الأصليّ يُسمَّى "المحيل" والدّائنُ "المحالّ أو "المحتال" والشّخصُ الآخر الّذى أحيل عليه الدَّين "المحتال عليه" أو "المُحال عليه". والفرقُ بين الحوالة والكفالة أنّ الحوالةَ تنتقل به ذمّةُ المُحيل إلى "المحال عليه" وتبرأ ذمّةُ المحيل. أمّا الكفالةُ، فهو ضمٌّ ذمّة إلى ذمّة، بأنّ المديونَ لاتبرأ ذمّتُه بالكفالة، بل ينضمّ إليه الكفيل، بحيثُ يجوز للدّائنِ أن يُطالب كليهما.

ثمّ الحوالةُ عند الحنفيّة على قسمين: الحوالةُ المقيّدة، والحوالةُ المطلقة.

١٩٨ـ الحوالةُ المقيّدة

أمّا الحوالةُ المُقيَّدة، فأن يُقيّد قضاءُ دَين الحوالة بأن يكونَ من مال المحيل الّذى عند المحال عليه، أو فى ذمّته. مثالُه: كان لزيدٍ على عمروٍ ألفُ درهم دَيناً، أووديعةً، أو غصباً. ثمّ صار زيدٌ مديناً لخالد بألف درهم. فيقول زيدٌ لخالد: "أحلتُك على عمرو، لتأخذ منه الألفَ الّتى هيَ لى فى ذمّته." فحينما يُعطيه عمروٌ ألف درهم، يُستوفى به الدَّينان.

١٩٩ـ الحوالةُ المطلقة

والحوالةُ المطلقة: أن لايُقيَّد فيها قضاءُ دَين الحوالة من دَين المحيل على المحال

(١) صحيح البخاري، برقم ٢١٦٦ باب الحوالة.

www.besturdubooks.wordpress.com

عليه، أو من ماله عنده، بل يُحيلُ فيه المحيلُ من غير ذكرِ ما لَه على المحال عليه. فقد لايكونُ في ذمّته للمُحيل شيئٌ، ولكنّه يقبَلُ الحوالةَ تبرُّعاً، أو يكونُ في ذمّته شيئ، ولكن لايذكره عند الحوالة، بل يُرسل إرسالاً،[١] فيقول: "أحلتُك على فلانٍ بدينِك الّذي عليّ" ويقبله المحال عليه.

أمّا جمهور المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، فلا تكون الحوالةُ عندهم إلاّ مقيّدةً بدينٍ للمُحيل على المحال عليه. فإن لم يكن على المحال عليه دَينٌ للمُحيل، فهو ليس حوالةً، وإنّما هو كفالة.[٢] ولايوجد عندهم اصطلاحُ "الحوالة المطلقة"، غير أنّ ابنَ الماجْشون من المالكيّة أجاز الحوالة على مَن لا دينَ عليه للمُحيل، بدون أن يُسمّيه حوالةً مطلقة، ولكن اشترط أن يكونَ بلفظ "الحوالة"، وإلاّ فإنّه يصير حمالة، يعني كفالة.[٣]

وتبيّن ممّا سبق أنّ عقدَ الحوالة إنّما يتمّ بين ثلاثة أطراف: المحيل، والمحال، والمحال عليه. فأمّا المحيل، فَيجبُ رضاه لصحّة الحوالة عند المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة قولاً واحداً، وكذلك في رواية القدوريّ للحنفيّة، بخلاف رواية الزّيادات، حيثُ لاتَشترِط رضا المحيل، بل تصحّ الحوالةُ على تلك الرّواية باتّفاق المحال والمحال عليه فقط.[٤]

---

(١) البحر الرائق ٦: ٤٢٢

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٥٧ ومغني المحتاج ٢: ١٩٤ والمنتقى للباجي، جامع الدين والحول ٣: ٤٥١

(٣) المنتقى للباجيّ ٣: ٤٥١

(٤) فتح القدير ٦: ٣٤٦ و٣٤٧

www.besturdubooks.wordpress.com

وأمّا المحتال، فيُشترط رضاه عند الحنفيّة والشّافعيّة والمالكيّة، ولايُشترط عند الحنابلة، لأنّ الحوالةَ إن كان على مليئٍ، وجب على المحتال أن يقبَلها، وإن لم يقبل، أجبره الحاكم على ذلك، فإنّ الحنابلة حملوا حديث " فإذا أُتبِع أحدُكُم على مَلِيءٍ فليتْبَعْ " على الوجوب،[١] و حمله الأئمّة الثّلاثة على الإرشاد.

وأمّا المحتالُ عليه، فيُشترط رِضاه عند الحنفيّة، وكذلك عند بعض المالكيّة والشّافعيّة، ولايُشترط ذلك عند الحنابلة، وهو المشهورُ من مذهب المالكيّة، وهو الأصحّ في مذهب الشّافعيّة.[٢]

وإذا تمّ عقد الحوالة، برِئت ذمّةُ المحيل، ووجب على المحتال عليه أداءُ دَين المحال. ولكنّ هذه البراءةَ مطلقةٌ عند الأئمّة الثّلاثة، بحيثُ لايحِقّ للدائن المحال أن يرجع على المحيل، ولوتخلّف المحالُ عليه عن أداء الدّين بأن جحد الدَّين أو الحوالة، أو أفلس، إلاّ أن يكون المحالُ قد اشترط في عقد الحوالة أنّه لولم يفِ المحالُ عليه الدَّين، فإنّه يرجع على المحيل. وكذلك إن اشترط في الحوالة ملاءةَ المحال عليه، إذا عجز عن أداء الدّين، فإنّه يستحقّ الرّجوع على المحيل عند المالكيّة والحنابلة، وبعض الشّافعيّة. ولكنّ الجمهور من الشّافعيّة يعتبرون هذا الشّرط باطلاً.[٣]

أمّا عند الحنفيّة، فبراءةُ المحيل ليست على هذا الإطلاق، بل يجوز عندهم أن يرجع المحالُ على المحيل في حالة التّوى، وإن لم يكن ذلك مشروطاً في عقد الحوالة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٦٠

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٦٠ وبداية المجتهد ٢: ٢٩٩ ومغني المحتاج ٢: ١٩٤

(٣) المنتقى على الموطأ ٣: ٤٥١ والمغني لابن قدامة ٥: ٥٩ ومغني المحتاج ٢: ١٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والتّوى عند الحنفيّة أن يجحَد المُحالُ عليه الدّينَ أو الحوالةَ، ويحلِف، ولابيّنةَ عند المُحيل ولا عند المحال عليه، أو يُحكم عليه بالإفلاس على قول الصّاحبين، أو يموت مفلساً عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى.(١)

وحجّةُ الحنفيّة في ذلك ما رواه البيهقيّ عن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه أنّه قال: "ليس على مال امرئٍ مسلمٍ توىً، يعني حوالة."(٢) وقد بسطتُ الكلام على إسناده في شرح صحيح مسلم، كما ذكرتُ هناك أنّ مثلَ هذا القول مرويٌّ أيضاً عن عليّ بن أبي طالب، والحسن البصريّ، وإبراهيم النّخعيّ، وشُريح رضيَ الله تعالى عنهم.(٣)

والواقعُ أنّ حقَّ الرّجوع على المحيل في حالة التّوى هو الّذي يُميّز الحوالةَ عن بيع الدّين بالدّين، وإلاّ فلا فرقَ بينه وبين بيع الكالئ بالكالئ الّذي نهى عنه رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم. ولذلك اضطرّ الأئمّة الثّلاثة إلى القول بأنّ الحوالةَ مستثناةٌ من حُرمة بيع الدَّين بالدَّين. يقول ابنُ رشد الحفيد رحمه الله تعالى: "الحوالةُ معاملةٌ صحيحةٌ مستثناةٌ من الدَّين بالدَّين."(٤)

وبعد تمهيد أحكام الحوالة الأساسيّة، نذكر البيوع المعاصرة الّتي تتمّ بطريق البنوك، إمّا بالحوالة الحقيقيّة، أو بما يشبهها. وإنّ وفاء الثّمن عن طريق البنوك له صورٌ مختلفةٌ نذكرها فيما يلي، وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد والصّواب.

---

(١) فتح القدير ٦: ٣٥٣
(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧١
(٣) تكملة فتح الملهم ١: ٣٢٥ و٣٢٦
(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٩٩

www.besturdubooks.wordpress.com

تطبيقات معاصرة لأداء الثّمن عن طريق الحوالة

٢٠٠- التّحويل المصرفيّ

١- ربمّا يقعُ تسليمُ النّقود عن طريق التّحويل المصرفيّ (Bank Transfer) وذلك بأن يكون لزيدٍ رصيدٌ فى حسابه الجارى (current Account) لدى بنك ألف، ولعمروٍ رصيدٌ فى حسابه الجارى (current Account) لدى بنك ب، فيأمر زيدٌ بنك ألف أن يُحوّل مبلغاً إلى رصيد عمروٍ فى بنك ب. فحينما يدخلُ المبلغُ فى رصيد عمروٍ فى بنك ب، يُعتبر عمروٌ قابضاً لتلك النّقود. وحقيقتُه فقهاً أن بنك ألف مدينٌ لزيدٍ بمبلغِ رصيدِه، وأمْرُه بتحويلِ المبلغ أمرٌ بدفع دَينه الّذى على البنك إلى وكيل عمرو. وبنك ب وكيلٌ لعمروٍ فى قبض المبلغ. فقبضُه نيابةً عن عمروٍ قبضٌ من عمروٍ حُكمًا. وبهذه الصّفة قبضُ بنك ب قبضُ أمانة. ثمّ يخلِط البنك هذا المبلغَ بأمواله الأُخرى يُصبحُ مضموناً عليه، وينقلبُ إلى قبضِ ضمان. وقد يقعُ هذا التّحويلُ بعُملاتٍ مختلفة، وسيأتى حكمُه فى مبحث الصَّرف إن شاء الله تعالى.

٢٠١- وفاء الثّمن عن طريق الشّيكات

٢- وقديقع تسليمُ النّقود عن طريق الشّيكات (Cheques). والشّيكات جمع شيك، وهو ورقٌ يُصدره مَن له حسابٌ فى بنك، فيُريد أن يسحَب به مبلغاً من رصيده عند البنك، إمّا ليأخذ ذلك المبلغ بنفسه، أو ليأخذ منه شخصٌ آخر مكتوبٌ عليه اسمُه، أو ليأخذه من ذلك الحساب مَن يعرضه على البنك بدون

www.besturdubooks.wordpress.com

تسميته. وفى هذه الحالة الأخيرة يُسمّى الشّيك "الشّيك لحامله" (Bearer Cheque).

ورأى جمعٌ من العلماء المعاصرين أنّه ينبغى أن يُعتبر تسلّمُ الشّيك قبضاً لمبلغه. أمّا احتمال فشَل الشّيك، فلا ينبغى أن يُلتفت إليه، لأنّ القانون يفرض عقوباتٍ شديدةً على من أصدر شيكاً بدون رصيد. ومثلُ هذا الاحتمال قائم فى تسليم النّقود فعلاً، وهو كونُ النّقود مزيّفة، ولكنّ هذا الاحتمال لايمنع تمام القبض، فكذلك احتمالُ فشل الشّيك.

وذكر بعضُ المعاصرين فى التّدليل على كون قبض الشّيك قبضاً حكمياً أنّ الفقهاء جعلوا الحوالةَ بمنزلة القبض.(١)

وذكر بعضُ المعاصرين أنّ حصول القبض أمرٌ يثبت بالعُرف. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"لأنّ القبضَ مطلقٌ فى الشّرع، فيجبُ الرّجوعُ فيه إلى العرف، كالإحراز

---

(١) إنما ذكره ابن قدامة رحمه الله تعالى فى بيان أنّ الحوالة إنّما تصحّ على دين مستقرّ فى ذمّة المُحال عليه. فإن أحال البائعُ على مشتريه بالثّمن وقد ظهر فى المبيع عيبٌ، هل تبطل الحوالة؟ فذكر أنّ ظهور العيب إن كان قبل القبض من المحال عليه، فإنّ فيه وجهين: أحدهما تبطل الحوالة، والثّانى: لاتبطل. وذكر فى التّدليل على عدم البطلان أنّ الحوالة بمنزلة القبض، فكأنّ المحيل أقبض المحتال دينه، فيرجع عليه به، ويأخذ المحتالُ من المُحال عليه. وإن كان ظهور العيب بعد القبض لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً. (راجع المغنى لابن قدامة ٥: ٥٦) وهذا السّياق يدلّ على أنّ المراد من كون الحوالة بمنزلة القبض هو براءةُ ذمّة المُحيل فقط.

www.besturdubooks.wordpress.com

والتّفرّق."(١)

وجرى العرفُ بأنّ قبض الشّيك يُعتبر قبضاً لمحتواه.، فينبغى أن يبتنيَ حكمِ الشّرع على هذا العُرف. ولكنّ الصّحيح عندنا أنّه لايُمكن إطلاقُ القول بأنّ قبضَ جميع الشّيكات فى حكم قبض محتواه. وذلك لأنّ الواقع أنّ الشّيك على ثلاثة أقسام: الشّيك المصرفيّ (Bank Draft or Cashiers Cheque) والشّيك المصدّق (Certified Cheque) والشّيك الشّخصيّ، (personal cheque) وينبغى أن ننظر فى حقيقة هذه الأقسام الثّلاثة لمعرفة الحكم الشّرعيّ فى كلّ واحدٍ من هذه الأقسام على حدته، وبالله سبحانه التّوفيق.

٢٠٢ – الشّيك المصرفىّ (Bank Draft)

وتعريف الشّيك المصرفىّ ما جاء فى معجم اوكسفورد:

> "A cheque drawn by a bank on itself or its agent. A person who owes money to another buys the draft from a bank for cash and hands it to the creditor who need have no fear that it might be dishonoured."[2]

"الشّيك المصرفىّ شيكٌ يُصدِره بنكٌ فى ذمّته، أو ذمّة وكيلٍ له. إنّ الشّخص الّذى هو مدينٌ لآخر يشترى الشّيك المصرفىّ من بنك بدفع مبلغه نقداً، ويُسلّم الشيك المصرفىّ إلى دائنه، ليأمنَ الدّائنُ من خوف أن يفْشلَ الشّيك."

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٢٠

(٢) Oxford Dictionary of Finance and Banking, p.34

www.besturdubooks.wordpress.com

وحاصلُ هذا التّعريف أنّ الشّيك المصرفيّ ليس هو الشّيك العاديّ الّذى يُسمّى "الشيك الشّخصيّ". فإنّ الشّيك المصرفيّ يُصدره البنك نفسُه، وهو التزامٌ من البنك بدفعِ مبلغَ الشّيك فى حساب من أُصدرلصالحه. ولا يُمكن للبنك الّذى أصدره أن يرفُض الدّفع. والعادةُ أنّ الّذى يُريد إصدارَ الشّيك المصرفيّ لصالح دائنه، يدفع مبلغَ الشّيك نقداً إلى البنك المصدر فى بعض الحالات، ولكن فى أكثر الأحوال يأمره بسحْب مبلغه من حسابه فى ذلك البنك. ومن ثَمّ يسحب البنك ذلك المبلغَ من حسابه، ويُودعه فى حسابٍ خاصّ إلى أن يُدفعَ مبلغُ الشّيك إلى الدّائن. والمعمولُ به أنّ الدّائنَ بعد تسلّم الشّيك المصرفيّ يُسلّمه إلى بنكه الّذى يتقاضى البنكَ المصدِرَ بتحويل المبلغ إلى حساب الدّائن لديه.

وقد اعتبر جمعٌ من العلماء المعاصرين تسلُّم الشّيك المصرفيّ قبضاً حُكميّا. وبه صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلاميّ العالميّ، حيث ذُكرفى صُور القبض الحكميّ ما يأتى:

"تسلُّم الشّيك إذا كان له رصيدٌ قابلٌ للسّحب بالعُملة المكتوب بها عند استيفاءه، وحَجَزه المصرف."[1]

والمراد من الشّيك هنا الشّيك المصرفيّ، لأنّ الشّيك الشّخصيّ العاديّ لا يحجُز فيه المصرفُ مبلغَ الشّيك، وإنّما يحْجُزه عند إصدار الشّيك المصرفيّ. وقد اعتبروه قبضاً على أساس أنّ الّذى دفع الشّيك المصرفيّ إلى البائع تمّت منه التّخليةُ الّتى

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد السادس ١: ٧٧٢ قرار رقم ٥٥/٤/٦ بجدة ١٤١٠ هـ وبه أخذ معيار المتاجرة في العملات (بند ٦/٢ب) من المعايير الشرعيّة الصادرة من المجلس الشرعيّ للمؤسسات المالية الإسلاميّة.

www.besturdubooks.wordpress.com

اعتبرها الفقهاء الحنفيّةُ قبضاً حكميًا.

ويُمكن تخريجُه على أنّ المشتريَ دفَع المبلغَ إلى البنك المصدِرِ للشّيك، أو أمره بسَحْب ذلك المبلغ من حسابه ليدفعه إلى البائع. والبنكُ الّذى أصدر الشّيك حَجَز مبلغَ الشّيك عنده لصالح البائع، وقَبِل دفعَه إليه عندما يُطلب منه ذلك. فكأنّ البائعَ وكّل البنك المصدر لتسلّم ذلك المبلغ من المشترى. فحينئذٍ يُعتبرُ قبضُه قبضَ الأصيل. جاء فى دُرر الحكّام:

"أمّا إذا سلّم البائعُ المبيعَ إلى شخصٍ أمر المشترى بتسليمِه إليه، فقد حصل القبض، كما لو سلّم البائعُ المبيعَ إلى المشترى نفسِه."[1]

ولكنّ البائعَ فى مسئلتنا لم يُوكّله بذلك صراحةً، إلاّ أن يُقال: إنّه حينما قَبِل البائعُ أن يُدفعَ الثّمنُ بطريق الشّيك المصرفيّ، فكأنّه جعل البنكَ المصدِرَ للشّيك وكيلاً له فى قبض الثّمن، و ربّما يُشكل عليه أنّ البائعَ حينما يرضى بقبول الشّيك المصرفيّ، قد لايعرِفُ البنكَ الّذى يُصْدِر الشّيك، فيكونُ توكيلاً للمجهول، وهو لايجوز.[2]

ويُمكن التّفصّى عن هذا الاعتراض بأنّ توكيلَ المجهول بقبضِ الدَّين إنّما لايجوز من أجل أنّه يؤدّى إلى النّزاع، فإنّ المديونَ إذا دفع إلى رجلٍ ظنّاً منه بأنّه هو الوكيلُ بالقبض، وادّعى الدّائنُ أنّه لم يكن وكيلاً، يؤدّى ذلك إلى نزاع. أمّا إصدارُ الشّيك المصرفيّ، فقد صار الآن من أوثق الوسائل فى تسديد الدّيون، ولايؤدّى إلى نزاعٍ أبداً.

---

(١) دررالحكام، مادة ٢٦٢

(٢) شرح المجلة للأتاسي ٤: ٤١٨ والإنصاف للمرداويّ، باب الوكالة ٥: ٣٥٥ والبيان للعمراني" اليمنيّ، كتاب الوكالة ٦: ٤٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

ولذلك أجاز بعضُ الفقهاء بعضَ صُور توكيل المجهول. فقد نُقل عن الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّ الموكّل إن قال لشخصين: أيُّكما باع عبدى، فجائز. فإذا باعه أحدُهما، صحّ.[1]

ويُمكن أن يُعترض على صحّة القبض بالشّيك المصرفيّ ثانياً: أنّ البنك لوكان وكيلاً للبائع فى قبض المبلغ، لمَا جاز له أن يتصرّف فيه، فإنّ قبضَه قبضُ أمانة، ولكنّ البنكَ بعد إخراج المبلغ من حساب المشترى، يجعلُه فى حسابٍ مستقلّ يُسمّى "حسابَ المصروفات" (payables) وتُعتبر المبالغُ المودَعةُ فيه دَيناً على البنك، والبنكُ يستخدمها فى الغُرف لصالحه إلى أن يتسلّمها منه صاحبُ الحقّ.

ويُمكن التّفصّى عن هذا الإشكال بأنّه كان أمانةً ابتداءً، ثمّ صار مضموناً عليه بالخلط بأمواله الأخرى، وقد جرى التّعاملُ بمثل هذا الخلط فى جميع حسابات البنوك. وبهذا يُمكن أن يُقال إنّ القبض على الشّيك المصرفيّ قبضٌ على محتواه بطريق الوكالة، لا الحوالة.

٢٠٣– الشيك المصدّق (Certified Cheque)

والقسم الثّانى: هو الشّيك المصدّق. وهو الشّيك الّذى يُصدَر من صاحب حساب فى بنك لصالح المستفيد، ولكن يَحْمِل هذا الشّيك تصديقاً من البنك أنّ مبلغَ الشّيك موجودٌ فى رصيد المصدر قابل للسّحب، ويكتب عليه البنكُ عادةً كلمة "مقبول" (Accepted) وفى مثل هذا الشّيك يعزل البنكُ مبلغَ الشّيك من حساب

---

(١) البيان للعمرانيّ، كتاب الوكالة ٦: ٤٠٨

www.besturdubooks.wordpress.com

المصدر إلى حساب نفسه.[١]

والظّاهر أنّ مثلَ هذا الشّيك لايختلفُ عن الشّيك المصرفيّ إلاّ فى أنّ المصدرَ فى الشّيك المصرفيّ هو البنك نفسُه، و فى البنك المصدَّق يُصدره صاحب الحساب. ولكنّ مبلغَه محجوزٌ عند البنك، كما كان محجوزاً فى الشّيك المصرفيّ. ومادام أنّ المبلغ محجوزٌ عند البنك، فإنّ ما ذكرناه فى الشّيك المصرفيّ ينطبق تماماً على الشّيك المصدَّق أيضاً.

٢٠٤ـ الشّيك الشّخصيّ (personal cheque)

أمّا الشّيك الشّخصيّ، فهو أمرٌ للبنك بسَحْب مبلغ من حساب مُصدره، وليس فيه توثيقٌ من البنك بأنّ ذلك المبلغ مُيسّرٌ للسّحب فى حساب مُصدر الشّيك، ولا التزامٌ من البنك بأداءه. فإن عُرض هذا الشّيك على البنك، ورأى البنكُ أنّ مبلغَه موجودٌ فى حساب المصدر، ويحقّ له أن يسحبه من حسابه حسبَ التّعاقد معه، فإنّ البنكَ ملزَمٌ بدفعه، وإن لم يكن فى حسابه ذلك المبلغ، أو كان، ولكن لايحِقّ للمُصدر سحبُه حسبَ تعاقده مع البنك، فإنّه يحقّ له أن يرفُضه، ولايدفع شيئاً.

وقد شاع فى كثيرٍ من البيوع الرّائجة اليومَ أنّ المشتريَ يُوفى الثّمن بطريق إصدار الشّيك الشّخصيّ باسم البائع، أو يُصدر الشّيك لحامله، ليحصُل البائع على مبلغه من البنك، إمّا نقداً إن كان الشّيك لحامله، وإمّا بإيداع ذلك المبلغ فى رصيد البائع فى ذلك البنك، أو فى بنك آخر له فيه حساب.

---

(١) Wikipedia, in its article on Cheque: Variations on regular cheques.

www.besturdubooks.wordpress.com

وحقيقةُ هذه العمليّة فقهاً أنّ المشتريَ يُحيل البائعَ على بنكه، فهو مُحيل، والبائع مُحتال، والبنك مُحالٌ عليه. فإن رضيَ البائع بقبول الشّيك، حصل به رضا المحيل والمحتال. أمّا البنك، فلم يرضَ بهذه الحوالة بعدُ، فتمّت الحوالةُ عند من لايشترط رضا المحتال عليه لصحّة الحوالة، وهم الحنابلة والمالكيّة والشّافعيّة فى الرّاجح من مذهبهم. ولكن تصحّ الحوالةُ عندهم بشرط أن يكون لمصدر الشّيك رصيدٌ قابلٌ للسّحب بقدر مبلغ الشّيك، فإنّ الحوالةَ عندهم مقيّدةٌ دائماً بدين المحيل على المحال عليه. أمّا الّذين يشترطون رضا المحتال عليه لصحّة الحوالة، مثل الحنفيّة، فلا تتمّ الحوالةُ عند إصدار هذا الشّيك وتسليمه إلى المحال، لأنّ البنك، وهو المحال عليه، لم يتمّ رضاه بعدُ. ولكن إن قبِل البنكُ الشّيك، تمّت الحوالةُ فى ذلك الوقت، وحصل الاستيفاءُ بطريق الحوالة.

والسّؤال: إن قبض البائعُ على الشّيك الشّخصيّ الموقَّع من قِبَل المشترى، هل يُعتبر ذلك قبضاً من البائع للثّمن قبل عَرضه على البنك المحال عليه واستيفاء مبلغه منه؟

والظّاهر فى مثل هذا الشّيك أنّه لايعدُو من كونه حوالةً، فتبرأُ به ذمّةُ المشترى أو المديون عند تمام الحوالة، وتنتقل الذّمّةُ إلى البنك. ولكنّ اعتبارَه قبضاً فى عمليّة الصَّرف فيه إشكالٌ قويّ، لأنّ القبضَ لايتحقّق إلاّ بأن يستطيع القابضُ التّصرّفَ فى المقبوض بدون حائل. وتصرّفُ حامل الشّيك فى محتواه معلّقٌ على ثلاثة شروط:

الأوّل: أن يكون ذلك المبلغُ فى رصيد المصدر،

والثّانى: أن يكون سحبُ المبلغ مستحَقّاً له حسب تعاقده من البنك.

والثّالث: أن لا يمنعَ المصدرُ البنكَ بإيقاف الدّفع بعد إصدار الشّيك وتسليمِه إلى المستفيد..

www.besturdubooks.wordpress.com

فإن فات واحدٌ من هذه الشّروط، لم يتمكّن حاملُ الشّيك من استيفاء المبلغ حقيقةً. صحيحٌ أنّ إصدار الشّيك الفاشل جريمةٌ في القانون، ولكنّ المعاقبةَ القانونيّةَ للمُصدِر لا ترُدَ الواقع أنّ حاملَ الشّيك لم يحصُل على حقّه بوساطة الشّيك.

والقياسُ على النّقود المزيّفة لايبدو صحيحاً، لأنّ النّقود هيَ محلٌّ عقد الصَّرف، وهي المقصودُ بالعقد، فالقبضُ عليها قبضٌ على المبيع، سواءٌ كان معيباً. فإن ظهرت مزيّفةً، بطل الصَّرف، أو وجب بدلُها على اختلاف القولين. أمّا الشّيك، فليس محلاًّ للعقد، ولا مقصوداً بذاته، وإنّما المقصودُ ما يُمثّله من المبلغ. فإن فشِل الشّيك، فلا يُقال إنّ العيبَ ظهر في المعقود عليه.

أمّا ماذكره بعضُ الفقهاء من أنّ الحوالةَ بمنزلة القبض، فالمقصودُ منه أنّ الحوالةَ تُبرئ ذمّة المشترى أوالمديون، وليس مرادُهم في الظّاهر أنّه قبضٌ في عقد الصَّرف. ويتبيّن ذلك بما قاله ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وإن أحال المكاتَبُ سيّدَه بنجمٍ قد حلّ عليه، صحّ، وبرِئت ذمّةُ المكاتَب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض."[١]

فالظّاهر كونُ الحوالة بمنزلة القبض في حقّ براءة ذمّة المحيل فقط، على أنّ الحوالة لاتتمّ بمجرد إصدار الشّيك الشّخصيّ عند الفقهاء الّذين يشترطون رضا المحال عليه لصحّة الحوالة، وهم الحنفيّة وبعض الشّافعيّة وبعضُ المالكيّة، كما قدّمناه.

أمّا القولُ بأنّ العُرف يعتبر القبضَ على الشّيك قبضاً حكميّاً، فإنّه منقوضٌ لوجهين:

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٥٦

www.besturdubooks.wordpress.com

الوجه الأوّل: أنّه ليس ذلك عُرفاً عامّاً، بل يحِقّ للدّائن أو البائع أن يرفُض فى العُرف والقانون قبولَ الشّيك الشّخصيّ من حيثُ كونُه أداةً لاستيفاء حقّه. ولذلك جاء فى الموسوعة المعروفة Wikipedia:

"In the USA, a check as a form of payment can legally be refused for any reason (or no reason). Simply put: a payment via check is not a "payment" until the check was cashed and clears the bank."[1]

يعنى: "يُمكن فى أمريكا قانوناً أن يُرفض كونُ الشّيك أداةً للاستيفاء لأيّ سبب، بل بلاسببٍ أيضاً. وبعبارةٍ بسيطة: تسديدُ مبلغ عن طريق الشّيك ليس "تسديداً" ما لم يُنضّض الشّيك إلى نقد، و يقبله البنك."

وجاء فى المادّة ٤٥(٢) من قانون بيع المال الإنكليزيّ ١٨٩٣ ما خلاصتُه أنّه إن أُصدر من قبل المشترى ورقٌ قابلٌ للتّداول (وهذا الاصطلاح يتناول الشّيك أيضاً) وتسلّمه المشترى بصفته "وفاءً مشروطاً" ولم يحصُل ذلك الشّرط بسبب فشل الورق أو بسبب آخر، فإنّه يُعتبر أنّ البائعَ لم يوفَ له الثّمن."[٢] وبهذا يتبيّن أنّ

---

(١) Wikipedia, under the article "Payment"

(٢) "The seller of goods is deemed to be an "unpaid seller" within the meaning of this Act_

(a) ...

(b) when a bill of exchange or other negotiable instrument has been received as conditional payment, and the condition on which it is received has not been fulfilled by reason of the dishonor of the instrument or otherwise." (Sale of Goods Act, Section 45)

www.besturdubooks.wordpress.com

الأصلَ أنّ تسليم الشّيك لايُعتبر قبضاً لمحتواه، ولكن يحقّ للطّرفين في بعض الأوراق القابلة للتّداول، مثل الكمبيالة، أن يتّفقا على كونه نهائيّاً، وحينئذ يكون العقد عقد بيع الدّين، كما مرّ في حكم الكمبيالة

والوجهُ الثّاني: أنّ القبضَ الحكميَ إنّما يُعتبر في البيوع العاديّة. أمّا عقود الصَّرف، فإنّه يلزم فيها القبض الحقيقيّ. وإنّ مذهبِ الحنفيّة أوسعُ المذاهب في اعتبار التّخلية قبضاً حكميّاً، (لأنّ غيرهم من الأئمّة الأربعة لايعتبرون التّخليةَ في حكم القبض الحقيقيّ في غير العقار). ثمّ قد صرّح الحنفيّةُ بأنّ التّخليةَ لاتقوم مقامَ القبض في الصَّرْف. فقد جاء في الدّرّ المختار عند بيان شروط صحّة الصَّرْف: "والتّقابضُ بالبراجِم، لابالتّخلية." وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحته:

"قوله: "لا بالتّخلية" أشار إلى أنّ التّقييد بالبراجم للاحتراز عن التّخلية، واشتراطِ القبض بالفعل، لاخصوص البراجم، حتّى لو وضعه له في كفّه أو في جيبه، صار قابضاً."(١)

ومن هذه الجهات يصعُب أن يُقال إنّ قبض الشّيك الشّخصيّ قبضٌ لمحتواه في الصَّرف. ولذلك قيّد مجمع الفقه الإسلاميّ اعتبارَه قبضاً حكميّاً بأن يحجُز البنك مبلغَه، وهذا لايقع في الشّيك الشّخصيّ. ومعنى ذلك أنّ المجمع قصر قرارَه على الشّيك المصرفيّ، ولم يقُلْ بأنّ تسلّم الشّيك الشّخصيّ يقوم مقام القبض الحقيقيّ.

والّذي يظهر لي ــ والله سبحانه أعلم ــ أنّ العلماء الّذين اعتبروا قبض الشّيك الشّخصيّ قبضاً حكميّا إنّما فعلوا ذلك لضرورة إرسال المبالغ عن طريق البنك، وقد

---

(١) ردّالمحتار" باب الصَّرف ١٥: ٥٢٠ فقره ٢٥١٢٣

www.besturdubooks.wordpress.com

اعتبروه صَرفاً يُشترط فيه التَّقابض فى المجلس. وسوف نبحث هذه القضيّة فى باب الصَّرف إن شاء الله تعالى.

٢٠٥- إيفاء الثَّمن عن طريق بطاقات الإئتمان

٣- وقد يقع دفعُ الثّمن عن طريق بطاقة الائتمان (Credit Card) وخلاصة هذه العمليّة أنّ بعض البنوك تُصدِر هذه البطاقات وتُعطيها لعُملائها لقاءَ رسوم محدّدة، وللبنوك تعاقدٌ مع التّجّار بأنّ حاملَ هذه البطاقة حينما يشترى منهم بضاعةً أو خدمةً متقوّمة، فإنّه بدلاً من دفعِ قيمتها أو أجرتها نقداً، يُريهم هذه البطاقة، والتّاجرُ بعد التّأكّد من صحّتها، يحصُل على توقيع من المشترى على فاتورة البيع أو الإجارة. وبذلك تنتهى مسئوليّةُ حاملِ البطاقة. ثمّ البنكُ مُصدِرُ البطاقة قد يسحَب مبلغ الثّمن من حساب المشترى لديه، ويُحوّله إلى حساب البائع، وقد يدفعُ الثّمنَ إلى التّاجر بنفسه بعد حَسْم عمولته، ويحصُل على ذلك الثّمن من المشترى حاملِ البطاقة فى مدّة معلومة. فإن لم يؤدّ المشترى ذلك الثّمن فى مدّة محدّدة ، فإنّ مُصدر البطاقة يتقاضى عليها فائدةً ربويّة.

وإنّ اسم "بطاقة الإئتمان" وإن كان يُطلق فى العرف العامّ لجميع البطاقات التى يُدفع الثمن بها ، ولكنّ الواقع الاصطلاحيّ أنّ هذه البطاقاتِ على أقسام ثلاثة، وحكمُ كلّ واحدٍ منها يختلف عن الآخر فى بعض الحالات. فنذكر حكم كلّ واحد منها وتكييفها الشّرعيّ بصفةٍ مستقلّة فيما يأتى إن شاء الله تعالى، وبالله سبحانه التّوفيق للسّداد والصّواب.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٠٦- القسم الأوّل: بطاقة الإئتمان

المراد من "بطاقة الإئتمان" فى الاصطلاح المصرفيّ بطاقةٌ يُتيحُ لحاملها فرصةَ أن يشتريَ بها بضائع، وأن يؤدّيَ مُصدرُ البطاقة ثمنَها إلى التّاجر، ثمّ إنّه يُعطى حاملَ البطاقة أجلاً لدفع ذلك الثّمن مع فائدةٍ ربويّة. وإنّ العمليّةَ فى هذه البطاقة عمليّةٌ ربويّةٌ بحتة لاتجوز، ولايحتاج بيانُ حكمها إلى تفصيلٍ آخر.

٢٠٧- القسم الثّانى: بطاقة الحسم الفوريّ (Debit Card)

وإنّ هذه البطاقة تُصدَر لمن له حسابٌ في البنك المصدِر. وحينما يشترى حاملُ البطاقة بضاعةً من التّاجر، ويوقّع على الفاتورة، فإنّ مبلغَ الثّمن يُسحب من حسابه فوراً، ويدفع البنكُ المصدِر ذلك المبلغ إلى التّاجر. ومِيزة هذه البطاقة أنّه ليس فيها احتمالُ فرض الفائدة الرّبويّة على حاملها، لأنّها لاتُستخدم إلاّ فى حدود رصيده فى البنك، وإنّ البنك يسحب المبلغَ من ذلك الحساب فوراً.

وإنّ تكييفها الفقهيَ أنّ المشتريَ أصبح مديناً للتّاجر، ووجب عليه دفعُ الثّمن، ولكنّه حوّل البائعَ إلى مُصدر البطاقة، ليتقاضى البائعُ الثّمنَ منه، وقَبِل البائع ذلك. فالمشترى مُحيلٌ، والبائعُ مُحال، ومُصْدِرُ البطاقة مُحالٌ عليه. وبما أنّ المحالَ عليه، وهو البنك، مديونٌ للمُحيل (حامل البطاقة) بدينٍ مستقرٍّ فى ذمّته، لأنّ له رصيداً كافياً لدى البنك، فإنّ هذه الحوالةَ مقيّدةٌ تجوز فى جميع المذاهب. وقد تمّت الحوالةُ برضا كلّ واحدٍ من هذه الأطراف، لأنّ إصدارَ البطاقة لصالح المشترى موافَقةٌ من البنك المصدر على قبول الحوالة بحدود رصيد المشترى عنده.

والعادةُ فى كثيرٍ من بطاقات الحسم الفوريّ أنّ المصدِر لايتقاضى على الإصدار أيّةَ

www.besturdubooks.wordpress.com

رسوم، ولئن كان أحدٌ من البنوك يتقاضى عليها رسوماً، فإنّه ينطبق عليها ما سيأتى من حُكمها فى القسم الآتى إن شاء الله تعالى. وكذلك ليس فى هذه البطاقة احتمالُ فرضِ الفائدة الرّبويّة. ولذلك ليس هناك محظور شرعيّ فى استخدام هذه البطاقة بالنّسبة لحاملها. أمّا بالنّسبة إلى التّاجر الّذى يقبل البطاقة ويبيع البضائع على أساس ذلك، فحكمُه سيأتى فى القسم الثّانى إن شاء الله تعالى.

٢٠٨- القسم الثّالث: بطاقة الحسم المتأخر (Charge Card)

أمّا بطاقةُ الحسم المتأخّر، فإنّه لايُشترطُ فيها أن يكونَ لحاملِ البطاقةِ رصيدٌ فى البنك المصدِر، بل يُصدِرُها البنكُ ثقةً بمَلاءةِ حاملِها. وكلّما يشترى حاملُ البطاقة بضاعةً أو خدمة، فإنّ المصدرَ يدفع الثّمنِ إلى البائع بعد حَسْم عمولته، ثمّ يتقاضى ذلك من المشترى، والعادةُ المتبَعة أنّ المشتريَ يُعطى فترةً قصيرةً، مثل شهر، ليُسدّد فيها الثّمن إلى مُصدر البطاقة. وفى هذه الفترة لا يتقاضى المُصدرُ أيّة زيادةٍ ربويّة على الثّمن، وتُسمّى هذه الفترةُ "فترة السّماح " (Grace Period)، ولكن يُشترطُ فى التّعاقد معه أنّه إن لم يُسدّد الثّمن فى تلك الفترة، فإنّ المصدِرَ يتقاضى عليه فوائدَ ربويّةً عاديّة.

وإنّ هناك مسائل ثلاثة بالنّسبة إلى هذه البطاقات من النّاحية الشّرعيّة:

الأوّل: حكمُ الرّسوم الّتى يتقاضاها مُصدِر البطاقة من حامل البطاقة.

والثّانى: حكمُ العمولة الّتى يتقاضاها مُصدر البطاقة من التّاجر.

والثّالث: حكم التّعاقد مع مُصدر البطاقة للحصول عليها مع أنّ العقد يُصرّح بأنّ

www.besturdubooks.wordpress.com

حامله إن لم يُسدّد الثّمن، فإنّ مُصدر البطاقة يتقاضى عليها فائدةً ربويّة.

ولنتكلّم على كل واحد من هذه المسائل:

٢٠٩- حكم عمولة إصدار البطاقة

أمّا المسئلة الأولى، وهيَ أنّ مُصدرَ البطاقة يتقاضى رسوماً على إصدارها، فإنّه يتقاضى نوعين من الرّسوم. الأوّل: رسومٌ يُطالَبُ بها حاملُ البطاقة مرّةً واحدةً عند أوّل طلبه للبطاقة، وقد تُسمّى "رسوم العضويّة". والثّانى: رسومٌ سنويّةٌ لتجديد البطاقة. وكلٌّ واحدٍ من القسمين مبلغٌ مقطوعٌ لايرتبط باستخدام البطاقة فعلاً.

واعتبر العلماء المعاصرون النّوعَ الأوّل من الرّسوم أجرةً لإصدار البطاقة الّذى يحتاج إلى الإجراآت والخدمات الّتى يُقدّمها مُصدرُ البطاقة من فَتْح ملفٍ العميل عنده، وإجراءِ حسابه، وتعريفِ الجهات الّتى سيحتاج إلى التّعامل معها، وإعداد البطاقة، (فإنّ البطاقةَ تحتاج إلى إعدادٍ فنّيّ من قِبَل أصحاب الاختصاص) وإرسالها إليه، وهى مملوكةٌ للمُصدر، وتلقّى تعليماتِه من حينٍ لآخر، وإيصال دَينه إلى التّاجر.

أمّا النّوع الثّانى من الرّسوم، وهى رسومُ التّجديد كلّ سنة، فهى مقابلةٌ أيضاً لمثل هذه الإجراآت والخدمات،[1] لأنّ التّجديدَ يحتاجُ إلى إصدار بطاقةٍ جديدة، فإنّ أوضاعَ حامل البطاقة ومُصدرها وقابليها ربّما تختلف بمرور سنة، فإنّ هذه الإجراآتِ تحتاج إلى تجديد، غير أنّ الإجراآت السّنويّة أقلّ بالنّسبة للإجراآت فى أوّل إصدار البطاقة، فرسومُ التّجديد أقلّ من رسوم العضويّة الأولى.

---

(١) بحث فضيلة الدّكتور عبدالستار أبوغدّة فى مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ العدد السّابع ١: ٣٦٢ وفضيلة الشيخ عبدالوهاب أبو سليمان فى العدد العاشر من المجلّة ١: ٧٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والظّاهرُ أنّ هذا التّكييف صحيح، فإنّ مثل هذه الإجراآت والخدمات لايجب أن تكون أجرتُها محدّدةً بالنّفقات الفعليّة، ولكن يجب أن لا تتجاوز أجرة المثل لهذه الخدمات.

وقد يُظَنّ أنّ هذه الرّسوم مقابِلةٌ للقروض الّتى يُقدّمها المصدر إلى حامل البطاقة عند شراء البضاعات وغيرها بدفع ثمنها إلى التّجّار قبل أن يُطالِب به حاملَ البطاقة. ولكنّ الظّاهر أنّ هذا التّكييف غيرُ صحيح. وذلك لأنّ هذه الرّسومَ لا ترتبط بالمبالغ المدفوعة من مُصدر البطاقة، وذلك لعدّة أسباب:

أوّلاً، قد يكون لحامل هذه البطاقة حسابٌ فى البنك المصدر، ويأمره حاملُ البطاقة بأن تُسدّد الفواتير من حسابه مباشرةً، فلا ينشأ على حامل البطاقة دَينٌ إطلاقاً، ومع ذلك يجب عليه أن يَدفع هذه الرّسوم لإصدار البطاقة. وهذا دليلٌ على أنّ الرّسوم لاعلاقةَ لها بالدَّين.

وثانياً: إنّ هذه الرّسوم يُطالَب بها عند إصدار البطاقة أو تجديدها قبل أن ينشأ دينٌ، وإنّها تُدفع ولولم يستخدمها صاحبُها أبداً، ولم يدفع مُصدرُها شيئاً بالنّيابة عن حامل البطاقة.

وثالثاً:إنّ الرّسوم لاتختلف بقدر استخدام البطاقة، فيمكن أن لايشتريَ بها أحدٌ من النّاس طولَ السّنة إلاّ بضاعةً واحدةً بعشرة دولارات فقط، ويُمكن أن يشتريَ بها آخرُ بضائعَ قيمتُها عشرةُ آلاف دولار، أو أكثر، وإنّ الرّسومَ فى كلتا الحالتين واحدةٌ لاتختلف.

فالظّاهرُ أنّ هذه الرّسومَ مقابلةٌ للخدمات المذكورة لإصدار البطاقة والإجراآت الّتى

www.besturdubooks.wordpress.com

يُحتاج إليها لاستخدامها من قِبل الحامل. ولكن لاشكَّ أنَ فى معظم الأحوال يدفع البنك المصدر مبالغَ من عنده لتسديد فواتير حامل البطاقة قبل أن يُطالبه بتلك المبالغ، وهيَ فى هذه الفترة قرضٌ يُقدّمه البنك للحامل، فتكونُ هذه الخدمات مصحوبةً بالقرض فى تلك الحالة، ومتى كانت الخدمات متعلّقةً بالقرض أو مصحوبةً به، فإنّ الواجبَ أن لايُتقاضى عليها أجرةٌ أكثرُ من أجرة المثل، لتفادى شُبهة الرّبا فى ما زاد على أجر المثل.

ونظيره ما ذكره الفقهاء من أنّه لايجوز أخذُ الأجرة على القضاء والإفتاء، ولكن يجوزُ أخذُ الأجرة على كتابة الوثائق وغيرها. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى:

"يستحقّ القاضى الأجرَ على كتب الوثائق والمحاضر والسّجلاّت قدر ما يجوز لغيره كالمفتى، فإنّه يستحقّ الأجر على كتابة الفتوى، لأنّ الواجبَ عليه الجوابُ باللّسان، دون الكتابة بالبنان. ومع هذا الكفُ أولى، احترازاً عن القِيل والقال، وصيانةً لماء الوجه عن الابتذال."[١]

فعلى هذا ينبغى أن تكونَ أجرةُ الأعمال الإداريّة والخدمات المتعلّقة بها بقدر أجر المثل لتلك الخدمات، ولاتتجاوز أجر المثل، لئلاّ تبقى هناك شائبةٌ لتقاضى الفائدة على القروض الّتى تنشأ باستخدام البطاقة.

٢١٠ - حكم العمولة المأخوذة من التّاجر

المسألة الثّانية: حكمُ العمولة الّتى يتقاضاها مُصدِر البطاقة من التّاجر، وهى نسبةٌ

(١) الدرالمختار مع ردّالمحتار، كتاب الإجارة، مسائل شتّى ٦: ٩٢

www.besturdubooks.wordpress.com

متّفقٌ عليها من ثمن المبيعات، تتراوح ما بين ٢% و ٤%.

واختلفت آراءُ العلماء المعاصرين في تكييف هذه العمولة. فقيل: إنّ هذه العمولةَ بمثابة حسم الكمبيالات، بمعنى أنّ مُصدر البطاقة يُسدّد دَين البائع على المشترى بعد حَسْم نسبة منه لتعجيل الدّفع، وهو فى حكم الرّبا، كما تقرّر فى حكم حسم الكمبيالة. ولكنّ هذا التّكييفَ غيرُ صحيح. أمّا أولاً، فلأنّ أثمانَ الشّراء بالبطاقة كلُّها حالّةٌ، وليست مؤجّلةً، مثل ما تكون مؤجّلةً فى الكمبيالات، وإنّما يحرُم حسم الكمبيالات لأنّ حَسم بعض الدَّين يكون مقابلَ تخفيض الأجل، وهو شعبةٌ من شُعب الرّبا. أمّا حسمُ بعض الدّين الحالّ عند الأداء، فإنّه ليس مقابلَ تخفيض الأجل، فلايُعتبر رباً، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

والتّكييفُ الثّانى الّذى ذكره بعضُ المعاصرين أنّ التّاجرَ وكّل مُصدِر البطاقة بتسلُّم دَينه من حامل البطاقة، فمُصدِرُ البطاقة وكيلٌ له بتسلّم الدّين، وإنّ العمولة الّتى يحسمها المصدرُ هى أجرةٌ للوكالة من هذه الجهة. ولكنّه يُشكِل عليه أنّ المصدر يدفع دَين الحامل من عنده، ثمّ يُطالب الحامل بأصل الدَّين، ولو كان توكيلاً، لطالَب الحاملَ بذلك الدَّين، وأدّاه إلى التّاجر. وأجاب عنه فضيلة الدّكتور عبد السّتّار أبو غُدّة، حفظه الله تعالى بقوله:

"أنّ العمليّة فيها تقديمٌ وتأخير اقتضاها سهولةُ أداء المُهمّة المزدوجة، وهى تحصيل الفواتير، وأداءُ المبالغ لمستحقّها، فقد بادرت شركةُ البطاقة بالدّفع من طرفها لقيمة الفواتير إلى أصحاب المحلاّت والخدمات، ثمّ حصّلتها من حاملى البطاقات، وذلك لضبط التزاماتها مع أصحاب البضائع والخدمات، إذ لاتستطيع شركةُ البطاقة ضبط مواعيد التّحصيل من العملاء فى حين أنّها

www.besturdubooks.wordpress.com



يُمكن التّحكّم فيما تدفعه من عندها، ثمّ تقوم بتحصيله. ومن المقرّر شرعاً جوازُ أخذ أجر معلوم متّفق عليه على كلّ من تحصيل الدَّين، أو توصيل الدَّين."[1]

وإنّ هذا التّكييف وإن كان له وجهٌ، ولكنّ الّذى يظهرلى_والله سبحانه وتعالى أعلم_ أنّ العمليّةَ فى بطاقة الحسم الآجل عمليّةُ الحوالة. فإن كان لحاملِ البطاقة حسابٌ فى البنك المُصدر بقدر فاتورة التّاجر، فإنّه حوالةٌ مقيّدةٌ تجوز عند جميع الفقهاء، وإن لم يكن له حسابٌ فى البنك المُصدر، فإنّه حوالةٌ مُطلقة، والحوالةُ المطلقةُ، وإن كان فيها خلافُ الأئمّة الآخرين، فإنّها جائزةٌ عند الحنفيّة. وحاملُ البطاقة وجب عليه دَينٌ للتّاجر، وإنّه أحال التّاجرَ على البنك المصدر للبطاقة، فصار هو مُحيلاً، والتّاجرُ مُحالاً، ومُصدرُ البطاقة مُحالاً عليه، وتمّت الحوالةُ على قول الحنفيّة برضا الأطراف الثّلاثة، لأنّ إصدارَ البطاقة لصالح الحامل موافقةٌ من المصدر على قبول الحوالة. والحوالةُ كما هو معروفٌ فقهاً: نقلُ ذمّة إلى ذمّةٍ أخرى. فانتقلت ذمّةُ الحامل إلى ذمّة المصدر، وصار مُصدرُ البطاقة مديوناً للتّاجر بدَينٍ حالّ.

وبعد تعيين هذه العلاقة بين المُصدر والتّاجر، ينبغى أن تُراعى النّقاط الآتية:

الأولى: أنّ هذا الدَّينَ الّذى وجب على المصدر دَينٌ حالٌّ، وليس مؤجّلاً، فلو حَسم منه شيئاً برضا التّاجر الدّائن، فإنّه ليس حَسماً مقابلَ تخفيض الأجل، ولا داخلاً فى "ضع وتعجّل" الممنوع. لأنّ "ضع وتعجّل" ممنوعٌ فى الدّيون المؤجّلة فقط، وليس

---

(١) بحث الدّكتور عبد الستار أبوغدّة، "بطاقة الإئتمان وتكييفها الشّرعيّ" مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ، العددالسّابع ١: ٣٦٥و٣٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

فى الدّيون الحالّة. جاء فى الهداية:

"ومَن له على آخر ألف درهم، فقال: أدِّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنّك بريئٌ من الفضل، فهو بريئ."(١)

وجاء فى المدوّنة الكبرى للإمام مالك رحمه الله تعالى:

"قلتُ: أرأيتَ لو أنّ لى على رجل ألف درهم قد حلّت، فقلت: اشهدوا إن أعطانى مائةَ درهم عند رأس الشّهر، فالتّسعُمائة درهم له، وإن لم يُعطنى فالألف كلُّها عليه. قال: قال مالك: لابأسَ به."(٢)

وبما أنّ الدّينَ على مُصدر البطاقة حالّ، فيجوز منه الحسمُ برضا الطّرفين.

النّقطةُ الثّانية: أنّ مُصدر البطاقة أو وكيلَه يُزوّد التّاجرَ بالماكينة الّتى تتمّ به عمليّةُ قبول البطاقة، وهيَ بذاتها لها قيمة، وتكونُ مع التّاجر مملوكةً للمُصدر، يستخدمها التّاجرُ لصالحه، ويقوم المُصدر بصيانة هذه الماكينة دَوريّاً، ويحِقّ له من هذه الجهة أخذُ الأجرة على ذلك.

النّقطة الثّالثة: أنّ مُصدرَ البطاقة يوفّر للتّاجر الأوراقَ الّتى تُطبع عليها الفاتورةُ، ويوقّع عليها العميل، وتكون نُسخةٌ منها مع حامل البطاقة، ونُسخةٌ أخرى مع التّاجر الّتى يُطالبُ بها مُصدر البطاقة أو وكيلَه بمبلغ الفاتورة.

النّقطة الرّابعة: أنّ مُصدر البطاقة يزوّد التّاجر بالتّعليمات والإجراآت المطلوب

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصّلح، باب الصّلح فى الدَّين ٧: ٣٩٧

(٢) المدوّنة الكبرى، آخر كتاب الصّلح، ٣: ٣٩٧ وقد ذكرتُ نصوصاً أخرى فى الموضوع فى رسالتى "البيع بالتّقسيط" فى "بحوث فى قضايا فقهيّة معاصرة": ١: ٣٠ و٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

اتّباعُها منه عندما يتقدّم حاملُ البطاقة لشراء بضاعته منه.

النّقطة الخامسة: إنّ إصدارَ البطاقة وترتيبَ قبولها من التّاجر يجلب زبائنَ إلى التّاجر، ويُشجّع النّاس على الشّراء منه، لأنّ الشّراءَ ممّن يقبل البطاقةَ أيسرُ للمشترين. ففيه منافعُ للتّاجر تُشبه منافع السّمسرة.

ونظراً للنّقطة الأولى، لو كان مُصدرُ البطاقة يطلبُ تخفيض الدَّين بدون أيّة خدمة، ورضيَ بذلك الدّائن، لجاز ذلك لكون الدَّين حالاً، لاينطبق عليه حكم "ضع وتعجّل". ولكن لو كان الأمر مقتصراً على التّخفيض، لما جاز لمصدر البطاقة أن يرجع على حامل البطاقة (المحيل) بكامل الثّمن، لأنّ المحال عليه فى الحوالة المطلقة لو صالح الدّائن على أقلّ من الدّين، فإنّه يرجع على المحيل بما أدّى، لا بما قبل الحوالة به. جاء فى الجوهرة النّيّرة:

"ولو رضيَ المحالُ له من المحال عليه بدون حقّه، وأبرأه عن الباقى نحو أن يُصالحه على بعض حقّه، وأبرأه عن الباقى، فإنّه يرجع عن المحيل بذلك القدر لاغير."[1]

ولكنّ أداءَ الدّين فى مسئلتنا مصحوبٌ بهذه الخدمات الّتى ذكرنا ها فى النّقاط الثّلاثة الأخيرة، فالتّخفيضُ مقابلٌ لهذه الخدمات، فكأنّه عند قضاء الدّين أجرى مقاصّةَ أجرته منه. ولذلك يستحقّ الرّجوعَ على حامل البطاقة بكامل الدَّين. ويتبيّن من هذا أنّ العمولةَ الّتى يأخذها مُصدِرُ البطاقة ليس بمثابة حَسْم الكمبيالة، وإنّما هى مُقابلةٌ لعدّة خدماتٍ متقوّمةٍ يُقدّمها لصالح التّاجر، فليس هناك إشكالٌ فى جواز

(١) الجوهرة النّيّرة شرح مختصر القدوري، أول كتاب الحوالة ١: ٣٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

دفعها وأخذها.

٢١١- حكم غرامة التّأخير والدّخول في العقد بهذا الشّرط

المسألة الثّالثة: حكمُ التّعاقد مع مُصدر البطاقة في حين أنّ العقد يُصرّح بأنّ حامل البطاقة إن لم يُسدّد الفاتورة خلالَ فترة السّماح، الّتي هيَ شهرٌ عادةً، فإنّ المصدر يتقاضى عليه زيادةً، فإنّ مثل هذا الاشتراط محرّمٌ شرعاً لكونه رباً. ولكن يُمكن لحامل البطاقة التّحرّز منه بأن يأمر مُصدر البطاقة أن يخْسِم مبلغ الفاتورة من حسابه مباشرة. وقد تسمح بعض شركات البطاقة بذلك إمّا من حساب حامل البطاقة عند المصدر، وإمّا من حسابه في بنك آخر.

أمّا إذا لم يتيسّر ذلك، فهل يجوز لمسلمٍ أن يأخذ البطاقة ويُوقّع على العقد الّذي فيه هذا الشّرط بنيّة أنّه سيدفع الفواتير في حينها قبل أن تُفرض عليها زيادةٌ ربويّة، ولايُطبّق هذا الشّرط فعلاً؟ فيه خلافٌ للعلماء المعاصرين. فقال بعضهم: إنّ مجرّد التّوقيع على هذا الشّرط دخولٌ في عقد محرّم، فلا يجوز، ولو كان بنيّة عدم تطبيقه في الواقع. وقال آخرون: إنّ حامل البطاقة إن كان على يقينٍ بأنّ هذا الشّرط لايُطبّقُ فعلاً لعزم أداءه مبلغَ الفاتورة خلال الفترة المحدّدة، فإنّه يجوز. واستأنسوا لذلك بحديث عائشة في قصّة بريرة رضى الله تعالى عنهما، حيثُ قال لها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "اشترطى لهم الولاء، فإنّ الولاء لمن أعتق."[1] فأجاز هذا الاشتراط، لأنّ الشّرط لايُطبّق فعلاً.

ولكنّ هذا الاستدلال فيه نظر، لأنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كان في قدرته أن

---

(١) أخرجه البخاريّ في صحيحه، كتاب البيوع، باب ٧٣ حديث ٢١٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

يُبطل هذا الشّرط، وقد أبطل ذلك في خطبته الّتي خطبها بعد ذلك. أمّا حاملُ البطاقة، فليس في مُكنته أن يُبطل هذا الشّرط. غايةُ ما في وُسعه أن يؤدّيَ الفاتورة في حينه لئلاّ يُطبّق الشّرط. ولكنّ مثلَ هذه الشّروط قد عمّت بها البلوى في زماننا، فإنّ مثل هذه الشّروط تُوجد في كثير من التّعاملات، مثل التّعامل مع شركة الكهرباء، وشركات الهواتف، وغيرها، فإنّ شرط غرامة التّأخير موجودٌ في جميع ذلك، ولكن يُشكل القول بأنّه لايجوز للإنسان أن يتعاقد مع هذه الشّركات للحصول على الكهرباء والهاتف وغير ذلك، بل جرى التّعامل على أنّ الإنسانَ يتعاقد معها من غير نكير بشرط أن يكون في عزمه أن يؤدّيَ واجباته في حينها. وإنّما أجيز ذلك لحاجة عامّة. فإن لم يتيسّر الحصول على بطاقة الحسم الفوريّ، ولا التّعاقد مع مُصدر البطاقة بأن يسحب مبلغ الفاتورة من حساب الحامل، واشتدّت الحاجةُ إلى مثل هذه البطاقة، فالمرجوّ أنّ حاملَه يُعتبر معذوراً في الدّخول في هذا العقد إن شاء الله تعالى بعد أخذ جميع الاحتياطات اللاّزمة لأن لايَلجأ إلى دفع الفائدة الرّبويّة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢١٢-هل يُعتبر توقيع الحامل على الفاتورة قبضاً للثّمن من قبل البائع؟

قال بعضُ العلماء المعاصرين: التّوقيعُ من قِبل حامل البطاقة يُعتبر قبضاً من البائع للثّمن. جاء في المعايير الشرعيّة للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة من جُملة صُور القبض:

"تسلُّمُ البائعِ قسيمةَ الدّفع الموقَّعة من حامل بطاقة الائتمان (المشترى) في الحالة الّتي يُمكن فيها للمؤسّسة المصدرة للبطاقة أن تدفعَ المبلغَ إلى قابل

www.besturdubooks.wordpress.com

البطاقة بدون أجل."[١]

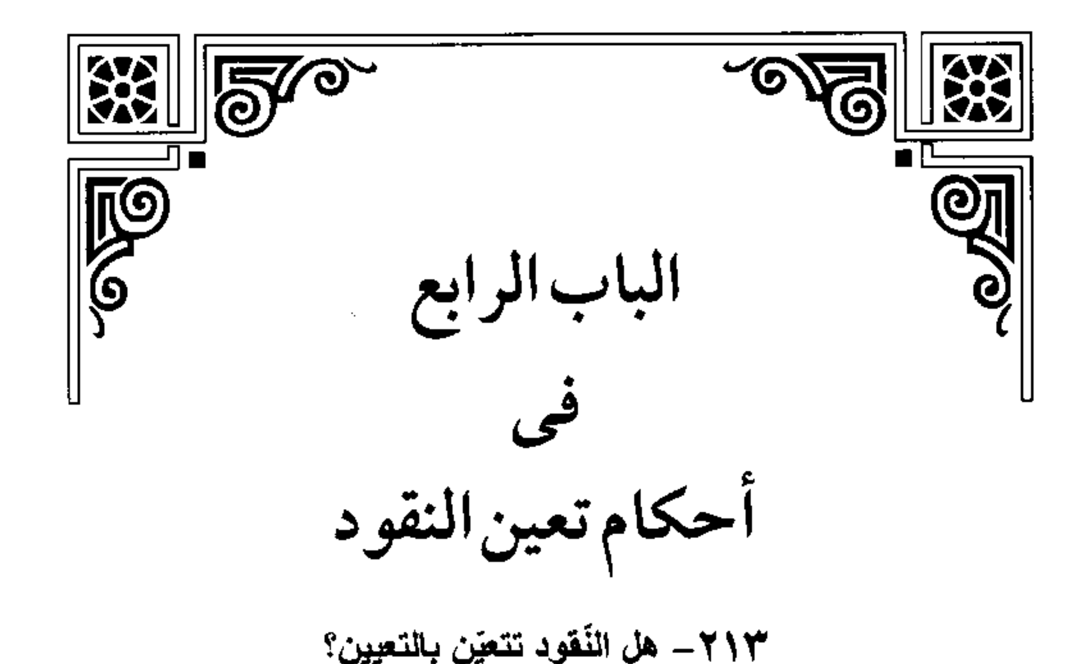
ولى فيه نظر، لأنّ براءة ذمّة المشترى شيئٌ، وحصول القبض من البائع شيئٌ آخر كما قدّمنا فى مبحث الشّيك الشّخصيّ. والّذى يحصل بتوقيع المشترى هو الأوّل دون الثّانى، لأنّ توقيعَ حاملِ البطاقة على قَسيمة الدّفع لايتجاوز من أنّه أحالَ البائعَ على المؤسّسة التى أصدرت البطاقة، وأصبح هُو دائناً لها، فلو أفلست المؤسّسةُ، يكونُ هو أسوةً لغرماءه على قول أبى حنيفة، ويرجعُ على حامل البطاقة على قول الصّاحبين، فلايتحقّق القبضُ من البائع بمجرّد قبول الحوالة. ولايتأتّى ههنا ماذكرناه فى الشّيك المصرفيّ، لأنّ البنك مُصدِر البطاقة لم يقبض شيئاً من قِبل المشترى المدين، حتّى يُقال: إنّه وكيلٌ للدّائن فى قبض الدَّين كما ذكرناه فى مسئلة الشّيك المصرفيّ. والواقعُ أنّ البنك المصدِر إنّما يدفع الثّمنَ إلى البائع قبل أن يُطالِب المشتريَ /حاملَ البطاقة بتسديد مبلغه إليه. فليس التّوقيعُ على قسيمة الدّفع قبضاً من البائع للثّمن، ولكن تبرأ به ذمّةُ المشترى، كما تبرأ بحوالة الدَّين.[٢] والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) المعايير الشرعية" معيار رقم ١ المتاجرة فى العملات،بند٢/٦/٥ج

(٢) وليُتنبه أن المعايير الشرعية قد أصدرت من قبل المجلس الشرعىّ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الذى يتكون من نحوعشرين من علماء البلاد المختلفة، وكنت رئيسا لذلك المجلس، ولكنّى أوضحت فى مقدمة المعايير الشرعية أن القرارات إنما اتُّخذت فى بعض الأمور المختلف فيها بالأغلبية، وسُجّل الخلاف فى محاضر المجلس، وبماأن المعايير إنما صدرت باسم المجلس، وليس باسم الأعضاء بصفتهم الشخصية، كما هو شأن المجامع الدولية الأخرى، فإنه لم يظهرفيها الخلاف. ولذا فلا ينسب كل ماجاء فيها إلى كل عضوبصفته الشخصية.

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الرابع
فى
أحكام تعين النقود

٢١٣- هل النّقود تتعيّن بالتعيين؟

وبما أنّ الغالبَ فى الثّمن أنّها نقود، فمن المناسِب هنا ذكرُ مسئلة تعيّنها فى العقود. فالنّقودُ عند الحنفيّة لاتتعيّنُ بالتّعيين. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"فالدّراهمُ والدّنانيرُ على أصل أصحابنا أثمانٌ لاتتعيّن فى عقود المعاوضات فى حقّ الاستحقاق وإن عُيّنت، حتّى لوقال: بعتُ منك هذا الثّوبَ بهذه الدّراهم، أو بهذه الدّنانير كان للمشترى أن يُمسِكَ المشارَ إليه ويردَّ مثله، ولكنّها تتعيّن فى حقّ ضمانِ الجنس والنّوع والصّفة والقدْر، حتىّ يجب عليه ردُّ مثل المشار إليه جنساً، ونوعاً، وقدراً، وصفةً. ولو هلك المشارُ إليه لايبطُل العقد."[١]

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٨٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال الأئمّة الثّلاثة: تتعيّن الأثمانُ بالتّعيين. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

"والدّراهمُ والدّنانيرُ تتعيّن بالتّعيين فى العقد بمعنى أنّه يثبت المِلكُ بالعقد فيما عيّناه، ويتعيّن عوضاً فيه، فلايجوز إبدالُه. وإن خرج مغصوباً بطل العقد، وبهذا قال مالك والشّافعيّ. وعن أحمد أنّها لاتتعيّن بالعقد، فيجوز إبدالُها، ولايبطل العقد بخروجها مغصوبةً، وهذا مذهب أبى حنيفة."[1]

ذكر ابنُ قدامة أنّ مذهبَ الإمام مالك رحمه الله تعالى موافقٌ لمذهب الشّافعيّة، ولكن ذكر القرافيّ رحمه الله تعالى أنّ مشهورَ مذهبه مثلُ مذهب أبى حنيفة رحمهما الله تعالى.[2]

ويتفرّع على هذا الخلاف أنّه لايجوزُ للبائع عند الشّافعيّة وغيرهم أن يتصرّفَ فى الثّمن المتعيّن قبل أن يقبضه،[3] ويجوزُ عند الحنفيّة، لأنّه إن اشترى شيئاً بذلك الثّمن، فإنّ عقدَ الشّراء ينصرف إلى مطلقِ الثّمن، لابالثّمن الّذى يتسلّم من مشتريه، إلاّ فى بدَل الصَّرف، فلايجوزُ فيه التّصرّفُ قبل القبض. جاء فى الهداية:

" قال: (ولا يجوز التّصرّفُ فى ثمن الصَّرف قبل قبضه حتّى لو باع ديناراً بعشرةِ دراهمَ ولم يقبضِ العشرةَ، حتّى اشترى بها ثوبًا، فالبيع فى الثّوب فاسدٌ) لأنّ القبضَ مستحَقٌّ بالعقد حقّاً لله تعالى، وفى تجويزه فواتُه، وكان ينبغي أن يجوزَ العقدُ فى الثّوب، كما نُقل عن زفر رحمه الله تعالى، لأنّ

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ١٦٩ فصول فى أحكام الصرف

(٢) الفروق للقرافيّ، الفرق التّاسع والثّمانون والمائة ٣: ٢٥٥

(٣) المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com



الدّراهمَ لا تتعيّن، فينصرف العقدُ إلى مطلقها، ولكنّا نقول: الثّمنُ في باب الصّرف مبيعٌ، لأنّ البيعَ لا بدّ له منه، ولا شيءَ سوى الثّمنين، فيُجعلُ كلُّ واحدٍ منهما مبيعًا لعدم الأولويّة، وبيعُ المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعيّناً، كما في المسلَم فيه."[1]

وبحث فيه ابنُ الهمام في فتح القدير وأيّد قول زفر رحمهما الله تعالى، لكون الدّراهم والدّنانير لاتتعيّن. وهذا إذا اشترى الثّوبَ بتصريح أنّ الثّمنَ ما سيحصُل عليه المشتري الثّاني من المشتري الأوّل. أمّا إذا أطلق واشترى الثّوب بدراهم، ولم يُصرّح بتعيينها، فلا خلافَ في جواز البيع.

وكذلك يتفرّع على الخلافِ في تعيين النّقود أنّ المتعاقدَين في الصَّرف إذا تصارفا، بأن باعَ أحدُهما دراهمَ بدينارٍ مثلاً، فهلك الدّينارُ والدّراهم قبل التّقابض أو استُحِقّت، فاستقرض كلٌّ واحدٍ منهما ما وجب عليه بالصَّرف، وأدّيا قبل التفرّق، جاز عند الحنفيّة، ولايجوز عند الشّافعيّة،[2] لأنّ العقدَ وقع على نقودٍ معيّنة، وقد هلكت أو استُحقّت، فبطل العقد. أمّا عند الحنفيّة، فلم تتعيّن الدّراهم ولا الدّينار، فلو وقع التّسليمُ والتّسلّمُ بنقودٍ أخرى جاز البيع.

٢١٤- العقود التي تتعيّن فيها النّقود عند الحنفيّة

ولكنّ عدمَ تعيّن النّقود عند الحنفيّة مختصٌّ بالمعاوضات. أمّا الأمانات، فإنّها تتعيّن فيها، مثلُ الوديعة والشّركة والمضاربة والوكالة، فإن هلكت النّقودُ في هذه العقود بعد

---

(١) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصرف ٦: ٣٦٣ و ٣٦٤

(٢) جامع الفصولين، الفصل السابع عشر ١: ٢٢٧

www.besturdubooks.wordpress.com

التّسليم، بطلت العقودُ كلُّها، لأنّها وردت على نقودٍ متعيّنة وقد هلكت، وكذلك إن انفسخت هذه العقود لسببٍ من الأسباب، وجب على آخذ النّقود أن يرُدَ عينَها، ولايجوز له استبدالُها بغيرها، فلو استبدلها صار ضامناً.

وكذلك تتعيّن النّقودُ في الهبة والصّدقة، بمعنى أنّ الواهبَ لووهب نقوداً معيّنة، وهلكت النّقودُ قبل التّسليم بطلت الهبة والصّدقة. وكذلك تتعيّنُ النّقودُ في الصَّرف بعد فساده، فيُردّ عينُ النّقد الّذي ورد عليه العقد.[١] وتتعيّن أيضاً إن بطل البيعُ بهلاك المبيع قبل تسليمِه إلى المشترى، فيرُدَ البائعُ عينَ ما قبضَ من المشترى في ثمنه، كما أنّها تتعيّن في الدَّين المشترك، إذا قبضَه أحدُ الشّريكين، فيؤمرُ بردِّ نصف ماقبض على شريكه، وفيما إذا تبيّن بُطلانُ القضاء، بأن أقرَّ بعد الأخذ أنّه لم يكن له على خصْمه شيئٌ، فيرُدّ عين ما قبض لو كان قائماً.[٢]

وكذلك تتعيّن النّقودُ المغصوبةُ والمكتسَبةُ بطريقٍ محرّم، مثلِ الرّبا. ولذلك وجب ردُّها على مالكها، فإن تعذّر ردُّها إلى مالكها، وجبَ التصدّقُ بها بقصد التّخلّص منها، وإيصالِ ثواب الصّدقة إلى مالكها. وبما أنّه صدقةٌ نافلةٌ عن مالكها، فيجوز صرفُها إلى من له قرابةُ الزّواج أوالولاد مع الّذى وجب عليه التّصدّق. وكذلك ينبغى أن لايُشترط فيه التّمليك. وقد ذكرتُ أدلّة ذلك في "فتاوى عثمانى"[٣]

فإن وهبَ هذه النّقودَ (المكتسَبة بطريق محرّم) بعينها لغنيٍّ، لايجوز له أن يقبَلها، ولو اشترى بعينها شيئاً، لايجوزُ للبائع أن يقبلَ هذه النّقودَ ثمناً للمبيع، ولو قبِلها البائع، لم

---

(١) مثاله في مسئلة عند السرخسيَ في المبسوط، باب الصّرف في المرض ١٤: ٧٥

(٢) راجع ردّالمحتار ١٤: ٧٠٢ و٧٠٣ والأشباه والنّظائر، الفنّ الثالث، أحكام النّقد ٣: ٥١ و٥٢

(٣) هي مجموع فتاواى باللغة الأردية، وهذا المبحث تجده في ص ١٢٨ ج٣

www.besturdubooks.wordpress.com



يحِلُّ للبائعِ الانتفاعُ بها. وعلى القول بتعيين النّقود المغصوبة والمكتسَبة بطريقٍ حرام، فرّع الكرخيّ رحمه الله تعالى ما ذكره ابنُ عابدين عن التّتارخانيّة:

"رجلٌ اكتسب مالاً من حرام، ثمّ اشترى، فهذا على خمسة أوجه: إمّا أن دفع تلكَ الدّراهمَ إلى البائع أوّلاً، ثمّ اشترى منه بها، أو اشترى قبل الدّفعِ بها ودفعَها، أو اشترى قبلَ الدّفع بها ودفع غيرَها، أو اشترى مطلقاً، ودفع تلك الدّراهم، أو اشترى بدراهمَ أُخَرَ، ودفع تلك الدّراهم. قال أبو نصر: يطيبُ له، ولا يجبُ عليه أن يتصدّق إلاّ في الوجه الأوّل. وإليه ذهب الفقيهُ أبو اللّيث.

لكنّ هذا خلافُ ظاهر الرّواية، فإنّه نصّ في الجامع الصّغير: إذا غصبَ ألفاً، فاشترى بها جاريةً، وباعها بألفين، تصدّق بالرّبح. وقال الكرخيُّ: في الوجه الأوّل والثّاني لا يَطِيب، وفي الثّلاث الأخيرة يطيب. وقال أبو بكر: لا يطيبُ في الكلّ، لكنّ الفتوى الآن على قول الكرخيّ دفعاً للحرج عن النّاس اهـ وفي الولوالجيّة: وقال بعضهم: لا يطيبُ في الوجوه كلّها، وهو المختار، ولكنّ الفتوى اليومَ على قول الكرخيّ دفعاً للحرج لكثرة الحرام اهـ وعلى هذا مشى المصنّف في كتاب الغصب تبعاً للدّرر وغيرها."[1]

وسيأتي تمام الكلام على ذلك مع تحقيق قول الكرخيّ رحمه الله تعالى في مبحث المال المكتسب بطريق حرام إن شاء الله تعالى.

---

(١) رد المحتار، كتاب البيع، باب المتفرقات ١٥: ٤٤١ و ٤٤٢ فقره ٢٤٩٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com

٢١٥- تعيّن النّقود فى البيع الفاسد

وأمّا فى البيع الفاسد، ففيه روايتان عن الحنفيّة. وذكر فى الدّرّ المختار أنّ الأصحّ أنها تتعيّن فى البيع الفاسد. وقال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى تحتَه ناقلاً عن الأشباه والنّظائر: "النّقدُ لايتعيّن فى المعاوضات، وفى تعيينه فى العقد الفاسد روايتان." وأشارالحصكفيّ رحمه الله تعالى إلى الرّواية الّتى تقولُ بعدم تعيّن النّقود فى البيع الفاسد أنّها صحيحة، والّتى تقول: إنّها تتعيّن فى العقد الفاسد هى الأصحّ، [1] لأنّ صاحبَ الهداية جعلها أصحّ. [2]

ولكن ذكر ابنُ الهمام رحمه الله تعالى أنَ الأصحَّ عدمُ تعيّن النّقود فى البيع الفاسد. وذلك لأنّه مستنبطٌ من مسئلةٍ ذكرها الإمام محمّد رحمه الله تعالى فى الجامع الصّغير. ونصّها:

"ومن اشترى جاريةً بيعاً فاسداً، وتقابضا، فباعها وربِح فيها، تصدّق بالرّبح، ويطيبُ للبائع ما رِبح فى الثّمن."

وعلّله صاحبُ الهداية بقوله: "والفرقُ أنّ الجاريةَ ممّا يتعيّن، فيتعلّقُ العقدُ بها، فيتمكّنُ الخبثُ فى الرّبح. والدّراهم والدّنانيرُ لايتعيّنان فى العقود، فلم يتعلّق العقدُ الثّانى بعينِها، فلم يتمكّن الخبث، فلا يجبُ التّصدّق."

وذكر صاحبُ العناية وابنُ الهمام وكثيرٌ من الفقهاء أنّ هذا إنّما يستقيمُ على الرّواية

---

(١) راجع الدرالمختارمع ردّالمحتار ١٤: ٧٠٣ و٧٠٤

(٢) الهداية مع فتح القدير٦: ١٠١ باب البيع الفاسد، تحت قول المتن: "وإن مات البائع فالمشترى أحقَ به حتّى يستوفى الثّمن.

www.besturdubooks.wordpress.com

الّتى تقول: إنّ النّقودَ لاتتعيّنُ فى البيع الفاسد، ولايستقيمُ على الرّواية الّتى تقول: إنّها تتعيّن فيه، لأنّ القولَ بأنّ العقد الثّانيَ لم يتعلّق بعينِ ما فيه الخبث إنّما يستقيمُ إذا قلنا بأنّ الدّراهمَ المقبوضةَ بالبيع الفاسد لم تكن متعيّنة.

ولكن اعترض عليه سعدى جلبى رحمه الله تعالى، وقال:

"فيه بحثٌ، فإنّ عدمَ التّعيين، سواءٌ كان فى المغصوب أو ثمنِ المبيع الفاسد، إنّما هُو فى العقد الثّانى، ولايضُرُّ تعيُّنه فى الأوّل."

وحاصلُه أنّ الدّراهمَ وإن تعيّنت فى البيع الأوّل، فإنّها لاتتعيّنُ فى البيعِ الثّانى، وعلّله ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بقوله: "لكونه عقداً صحيحاً، حتّى لو أشارَ إليها وقتَ العقد، له دفعُ غيرها، فعدمُ تعيّنها فى هذا العقد الصّحيح لايُنافى كونَ الأصحّ تعيّنَها فى العقد الفاسد." وأقرّ ابنُ عابدين كلام جلبى ونقل عن الخير الرّمليّ مثله.

والحقُّ أنّ كونَ الدّراهم تتعيّن له معنيان: الأوّل: أن تصيرَ بالتّعيينِ مثلَ العروض، بحيثُ إذا اشتُرِيَ بعينها شيئٌ، تعيّنت للدّفع، كما قال الشّيخان فى بيع الفَلس بالفَلسين بأعيانهما، حيثُ يقعُ البيعُ على عينِهما مثل العروض. وما ذكره ابنُ الهمام وصاحبُ العناية صحيحٌ بهذا المعنى، يعنى أنّ الدّراهمَ إن تعيّنت فى البيع الفاسد كما تتعيّنُ العروض، يقعُ العقدُ الثّانى على عينِها إن وقع العقدُ عليها، ونقد المشترى منها، فيتمكّن الخبثُ فيما يُشترى بها. وبما أنّ روايةَ الجامع الصّغير صريحةٌ فى أنّ ما يُشترى بها طيّبٌ، فلا يُمكن القولُ بتعيينها بهذا المعنى.

والمعنى الثّانى لتعيُّن الدّراهم فى البيع الفاسد هو أنّه يجبُ ردُّ عينِها إلى المشترى، ولايجوز أن يردّ إليه دراهمَ أخرى مكانها، ولكن لاتصيرُ بهذا التّعيينِ فى حُكم

www.besturdubooks.wordpress.com

العروض المتعيّنة من كلّ وجه، بل إذا وقع شراؤُ شيئٍ آخرَ بها، فإنّه يجرى على الأصل العامّ أنّ البيعَ الثّاني لا تتعيّن فيه الدّراهم، ويجوزُ أن يُشيرَ إلى تلك الدّراهم ويدفعَ غيرها. وإنّ ما قاله جلبى وأيّده ابنُ عابدين رحمهما الله تعالى هو التّعيينُ بهذاالمعنى. فإن أخذنا التّعيينَ بهذا المعنى، فإنّ مسئلةَ الجارية الّتى ذكرها الإمام محمّد رحمه الله تعالى فى الجامع الصّغير لاتدلّ على أنّ الدّراهمَ لا تتعيّن فى البيع الفاسد، لأنّه يُمكن أن تكونَ تعيّنت بمعنى أنّها يجبُ ردُّ عينِها إلى المشترى، ولكن لا تتعيّن إذا وقع شراؤُ شيئٍ آخر بها، بل يقعُ البيعُ على دراهمَ مطلقة.

وقد صرّح السّرخسيّ رحمه الله تعالى فى الدّراهم المودَعة بأنّها تتعيّن بهذا المعنى، ولكن إذا وقع شراؤُ شيئٍ بها، فإنّها لاتتعيّن فى البيع الثّانى. قال رحمه الله تعالى:

"فإن كانت (الوديعةُ) دراهمَ، فالدّراهمُ يُشترى بها، ثمّ يُنظر: إن اشترى بها بعَيْنِها ونَقَدَها، لا يطيبُ له الفضلُ أيضاً، وإن اشترى بها، ونَقَدَ غيرَها، أو اشترى بدراهمَ مطلقةٍ، ثمّ نَقَدَها، يطيب له الرِّبحُ هنا، لأنّ الدّراهمَ لا تتعيّن بنفس العقد، ما لم ينضمّ إليه التّسليمُ. ولهذا لو أراد أن يُسلِّم غيرَها كان له ذلك، فأمّا بالقبض يتعيّن نَوْعَ تَعَيُّنٍ، ولهذا لا يَملِك استردادَ المقبوض من البائع ليُعْطِيَه مثلَها. فلهذا قلنا: إذا استعان فى العَقد والنَّقد جميعاً بالدّراهمِ الوديعةِ أو المغصوبة، لا يطيبُ له الفضلُ، وكذلك إن اشترى بها مأكولاً ونَقَدَها، لم يَحِلَّ له أن يأكل ذلك قبل أداء الضّمان."[١]

ففى هذه العبارة، صرّح السّرخسيّ رحمه الله تعالى بأنّ التّعيينَ فى الدّراهم المودَعة

(١) المبسوط للسرخسيّ، كتاب الوديعة ١١: ١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

هو بالمعنى الثّانى، لا بالمعنى الأوّل، ولهذا قال فى الجملة الّتى تحتها خطّ: "وإن اشترى بها، ونَقَدَ غيرَها، أو اشترى بدراهمَ مطلقة، ثمّ نَقَدَها، يطيب له الرِّبحُ هنا" وإلاّ فإن كان التّعيينُ بالمعنى الأوّل، لَمــاَ كان هناك معنىً للاشتراء بها ونقْدِ غيرها. فإن كان التّعيينُ فى الدّراهم المودَعة بالمعنى الثّانى، فالظّاهرُ أنّه كذلك فى الدّراهم المقبوضة بالبيع الفاسد. وعلى هذا، فإنّ مسئلةَ الجارية المذكورة فى الجامع الصّغير لا تدُلّ على عدم تعيين النّقود فى البيع الفاسد، ولا على تعيينها. فهذه المسئلةُ لاعلاقةَ لها بتعيين النّقود فى البيع الفاسد، لا نفياً ولا إثباتاً.

أمّا ماذكروه فى الدّراهم المغصوبة من أنّ ربحَها لايطيب، فليس لكونها متعيّنةً بالمعنى الأوّل، بل لما ذكره صاحبُ الهداية وابنُ الهمام نفسُه بأنّ عدمَ الطِّيب مقصورٌ على ما إذا عُقد الشّراءُ بها، ونُقِد منها، لأنّ اجتماعَ الإشارة إليها والنّقدِ منها أورثَ شُبهةَ أنّ العقد وقعَ عليها، فتمكّن فيها الخبثُ بسبب هذه الشّبهة. وكذلك هذه الشّبهةُ موجودةٌ فى الدّراهم المقبوضة ببيعٍ فاسد إذا وقع البيعُ الثّانى بها ونُقد منها، ولكن انضمّت إليها شبهةٌ أخرى، وهيَ شبهةُ عدم الملك، لأنّ المقبوضَ ببيع فاسد وإن كان يملكُه العاقد بعد القبض عند الحنفيّة، فإنّ فيه شبهةَ عدم الملك لحصوله بطريقٍ غير مشروع. فلمّا اجتمعت فيه شبهتان، نزلت الشّبهةُ إلى شُبهة الشّبهة، ولاتؤثّر شبهةُ الشّبهة فى طِيب ما حصل بها، ولذلك ظهر الفرقُ بين المقبوض فاسداً وبين الدّراهم المغصوبة، حيثُ لا يطِيب ربحُ الأوّل، ويطيبُ ربحُ الثّانى.

فظهر بهذا أنّه لا يصحّ الاستدلالُ بمسئلة الجارية على أنّ الإمام محمّداً رحمه الله

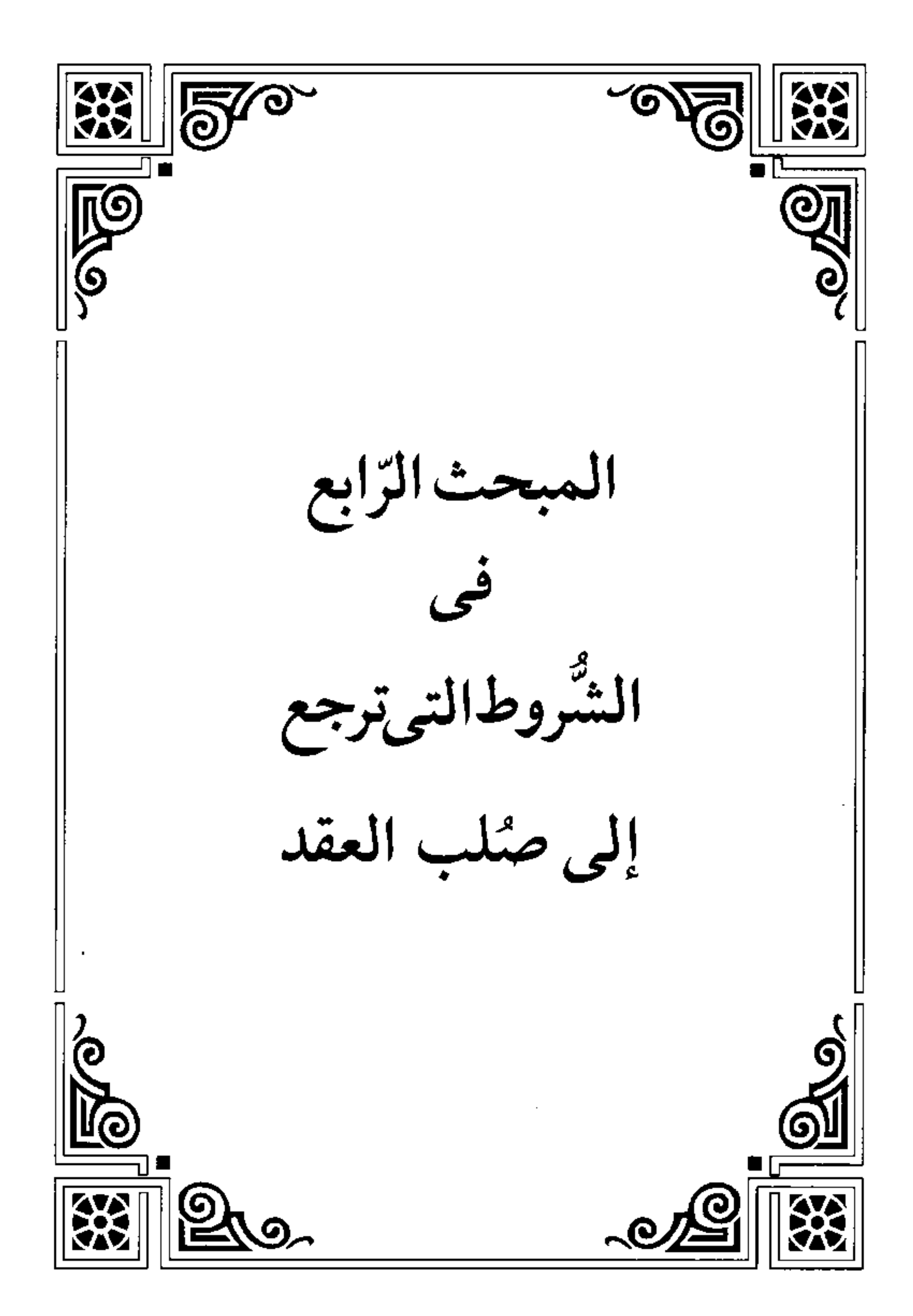
www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى يقول بعدم تعيين النّقود فى البيع الفاسد. بل رُويت عنه روايتان: فروى عنه أبوسليمان أنّ النّقود تتعيّن فى البيع الفاسد كما فى الغصب أو البيع الباطل، وروى عنه أبوحفص أنّها لا تتعيّن فى البيع الفاسد. وجهُ رواية أبى حفص أنّ البيع الفاسدَ قد اعتُبر كالبيع الصّحيح فى بعض الأحكام، مثلِ ثبوت الملك بعد القبض، فكما أنّ النّقود لاتتعيّن فى البيع الصّحيح، لا تتعيّن فى البيع الفاسد أيضاً. ووجهُ رواية أبى سليمان أنّ الثّمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب فى كونهما مقبوضين لاعلى وجه مشروع، فكما أنّ النّقود المغصوبةَ تتعيّن، فإنّها تتعيّن فى البيع الفاسد أيضاً. وذكر صاحبُ الهداية أنّ روايةَ أبى سليمان أنّ النّقود تتعيّن فى البيع الفاسد هى الأصحّ.[1]

---

(١) الهداية مع العناية ٦: ١٠١

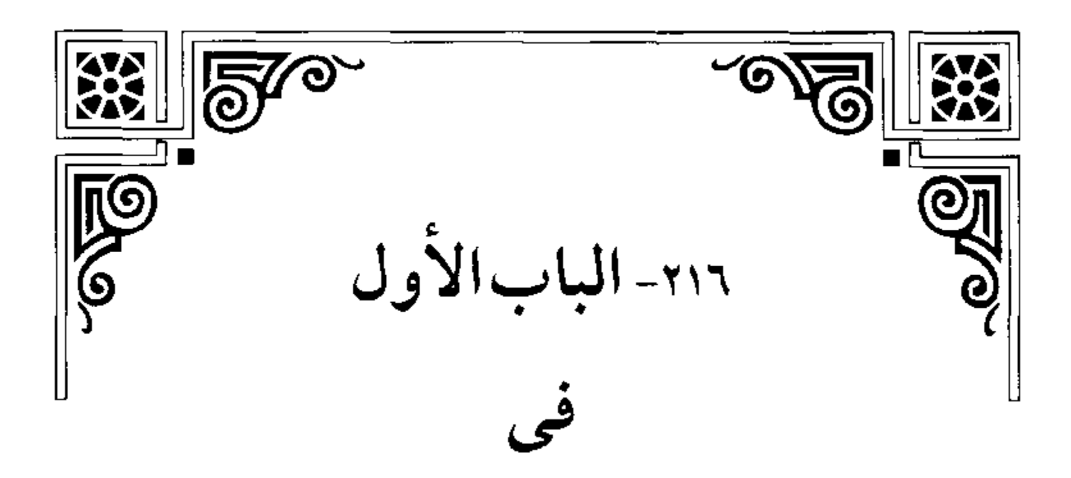
www.besturdubooks.wordpress.com



المبحث الرّابع
فى
الشُّروط التى ترجع
إلى صُلب العقد

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



٢١٦- الباب الأول

فى

تعليق البيع أو إضافته إلى المستقبل

وبعد الفراغ من شروط صحّة البيع الّتى ترجِع إلى المتعاقدين والمعقودعليه من المبيع والثّمن، نرجع الآن إلى الشّروط التى ترجع إلى صُلب العقد، والله سبحانه وليّ التوفيق.

٢١٧-الشّرط الأوّل: أن يكون البيع مُنجّزا

فمن شروط صحّةِ البيع أن يكون العقدُ منجَّزاً، فلايجوز البيعُ المعلّق على شرط، فإنّ الفقهاءَ اتّفقوا على أنّ البيعَ من العقود الّتى لاتقبل التّعليق.(١) وذكر الفقهاء رحمهم

---

(١) ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية١٢: ٣١٦ أن هذا الأمر متفق عليه بين الفقهاء. وسيأتى فى المتن عبارات الحنفية. وأمّا المذاهب الثلاثة الأخرى، فقال شمس الدين ابن قدامة فى تعليل مسألة: "وإنما فسدالبيع لأنه معلق بشرط مستقبل، فلم يصح..كما لوقال: إن ولدت ناقتى فصيلا فقد بعتكه بدينار." (الشرح الكبير مع المغنى ٤: ٥٨) وقال البهوتى: "الثالث: مالاينعقد معه بيع، وهو المعلق عليه البيع كبعتك كذاإن جئتنى...لأنه عقد معاوضة، وهو يقتضى نقل الملك حال العقد، والشرط يمنعه." =

www.besturdubooks.wordpress.com

الله تعالى أنّ ما كان مبادلةَ مالٍ بمالٍ يُبطله التّعليقُ بالشّرط. فإن قال البائع: "بعتُك هذا الثّوبَ إن نجحتُ في الامتحان." وقَبله المشتري،لم يصحّ البيع.

وعدمُ جواز التّعليق في البيع هو المقرّر في المذاهب الأربعة. والحجّةُ لهم أنّ البيعَ كلّما تعلّق بأمرٍ دخله الغرر. وقد نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر. وقدّمنا أنّ الغرر يشمل معاني ثلاثة، منها تعليقُ التّمليك على الخطر. ولأنّ من شرط صحّة البيع رضا العاقدين عند انتقال الملك كما هو مصرّحٌ في قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النّساء:٢٩) وفي حديث أبي سعيد الخدريّ رضي الله تعالى عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال:

"إنّما البيعُ عن تراضٍ."[١]

والتّراضي إنّما يتحقّق بالجزم. وإن كان البيعُ معلّقاً على أمرٍ في المستقبل، فقد يفوتُ رضا أحد العاقدين عند وجود الشّرط. وبهذا علّل القرافيّ رحمه الله تعالى عدمَ

= (شرح منتهى الإرادات ٢: ١٦٤) وذكر النوويّ رحمه الله تعالى البيع والإجارة فيمالايقبل التعليق (روضة الطالبين ٣: ٣٣٨) وذكر القرافيّ رحمه الله تعالى البيع مما لايقبل التعليق، فقال: "ولايصحّ التعليق عليه بأن يقول: إن قدم زيد فقد بعتك أوآجرتك بسبب أن انتقال الأملاك يعتمدالرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولاجزم مع التعليق، فإنّ شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقديكون معلومَ الحصول كقدوم الحاجّ وحصادالزرع، ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلوحظ المعنى العام، دون خصوصيات الأنواع والأفراد." (الفروق للقرافي، الفرق الخامس والأربعون ١: ٢٢٩)

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب البيوع، باب بيع المضطر، ج٦ ص١٧

www.besturdubooks.wordpress.com



جواز البيع المعلّق.[1]

أمّا ابنُ تيميّة وابنُ القيّم رحمهما الله تعالى، فرأيا جوازَ تعليقِ البيع بشرط، إذا كان فيه منفعةٌ للنّاس. قال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى:

"وتعليقُ العقود والفسوخ والتبرّعات والالتزامات وغيرها بالشّروط أمرٌ قد تدعو إليه الضّرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغنى عنه المكلّف...ونصّ الإمام أحمدُ على جواز تعليق البيع فى قوله: "إن بعتَ هذه الجاريةَ، فأنا أحقُّ بها بالثّمن." واحتجّ بأنّه قول ابن مسعود."[2]

وأثرُ ابن مسعود رضى الله تعالى عنه الّذى أشار إليه ابنُ القيّم أخرجه مالك رحمهما الله تعالى فى الموطأ:

"أنّ عبدالله بن مسعود ابتاع جاريةً من امرأته زينب الثّقفيّة، واشترطتْ عليه أنّك إن بعتَها فهي لى بالثّمن الّذى تبيعُها به، فسأل عبدُ الله بنُ مسعود عن ذلك عمرَ بنَ الخطّاب، فقال: لاتقربْها، وفيها شرطٌ لأحد."[3]

وبمثله أخرجه أبويوسف في كتاب الآثار، ومحمّد فى الموطأ، وسعيدبن منصور فى سننه.[4] وجميع هذه الرّوايات متّفقةٌ على أنّ ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لم يُفتِ

---

(١) الفروق للفراقى، الفرق الخامس والأربعون ١: ٢٢٩

(٢) إعلام الموقعين ٣: ٣٣٨ فصل الحيلة في الصلح عن المال ببعضه، طبع دارالجيل، بيروت ١٩٧٣

(٣) موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب مايُفعل فى الوليدة إذا بيعت والشّرط فيها، ص ٥٧٢

(٤) وزاد سعيدبن منصور فى رواية: "أخبرنا سعيد، نا عيسى بن يونس، نا الأوزاعيّ، قال: "ابتعت جاريةً واشتُرِط عليّ أن لا أبيع ولا أهب ولا أُمهر، فإذا متُّ فهي حرّةٌ، فسألت عطاءً - أو سُئِل - فكَرِهه، وسألتُ الحكمَ بنَ عتيبةَ قال: ليس به بأسٌ، وسألت مكحولاً، فقال: لا بأس به، فقلت: أتخاف عليّ فيه=

www.besturdubooks.wordpress.com

بجواز هذا البيع، بل سَئل عن ذلك عمرَبن الخطّاب رضى الله تعالى عنه، فمنعه من ذلك. فليس فيه حجّةٌ لجواز البيع المعلّق. ولهذا لم يؤخذ به فى المذاهب الأربعة.

وأمّا الحاجة، فتندفع بشرط الخيار فى البيع، كما سيأتى.

٢١٨– شرط التّوقّف (Suspensive Condition)

وكذلك ما يُسمّى فى القوانين الوضعيّة "شرط التّوقّف" (Suspensive Condition) وهو أن يُنصّ فى العقد أنّ البيع يظَلُّ موقوفاً على أمرٍ فى المستقبل غيرِ محقَّق الوقوع، فإن تمّ وقوعُه انعقد البيع تلقائيّاً بأثرٍ رَجعيّ. مثاله: أن يقولَ المشترى: "اشتريتُ منك هذا الشّيئَ بشرط أن أحصُل على رُخصة من الحكومة للمتاجرة فيه خلالَ ثلاثين يوماً من وقت العقد"، فإن لم يحصُل على الرخصة، انفسخَ البيع، وإن حصل عليه، اعتُبر البيع منعقداً منذ يوم العقد. فإن كان هذا الشّرط فى عقد البيع، فإنّه من قبيل البيع المعلّق، فلا يجوز. ولكنّ الطّريقَ المشروعَ لهذا الغرض أن يشتريَ المشترى المبيعَ بشرط الخيار، فينعقد البيعُ ناجزاً، ولكن يكونُ له الخيارُ فى مدّة الخيار على اختلافٍ فى تحديدها، كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى موضعه. فإن وقع ما يتوقّعه، مثلُ الحصول على الرّخصة، أُنجِز البيعُ من وقت العقد، وإن لم يحصُل،

= مأثماً؟ قال: بل أرجو لك فيه أجراً، وسألت عبدةَ بنَ أبي لبابة، فقال: هذا فرج سوء، وقال الأوزاعيّ: وحدّثني يحيى بنُ أبي كثير عن الحسن قال: البيع جائز والشّرط باطل، وسألت الزّهريّ، فأخبرني أنّ ابنَ مسعود كتب إلى عمر يسأله عن ابتياعه من امرأته جاريةً على إن باعها فهي أحقُّ بها بالثّمن، فقال عمر: "لا تطأ فرجاً وفيه شرطٌ لغيرك." (سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق ٢: ١٣٤)

www.besturdubooks.wordpress.com

فُسِخ العقد بحكم الخيار.

أمّا إذا اشتُرطت مثلُ هذه الشّروط فى اتّفاقيّة البيع الّتى ليست بحكم إنجاز البيع، بل هيَ فى حكم المواعدة فقط، فلايكون بيعاً معلّقاً، بل هيَ مواعدةٌ مشروطةٌ بشروط. والظّاهر أنّه لابأس بذلك، بشرط أن يُعقد البيعُ عند وجود الشّرط بإيجاب وقبول. وقد فصّلنا الفرق بين اتّفاقيّة البيع وبين البيع فى مبحث الوعد والمواعدة، وأنّ الأصل فيهما أنّهما غير لازمين فى القضاء، ولكن يُمكن القول بلزومهما فى حالات الحاجة الحقيقيّة فقط، وليس بصفته أصلاً عامّاً.

وكذلك ما يُسمّى "شرط الإنهاء" (Resolutive Condition) وهو شرطٌ فى عقد البيع أنّ العقد ينفسخ تلقائيّاً إن وُجد أمرٌ مخصوص.[١] مثل أن يشترط المشترى أنّ البيع يُفسخ إن فُرض على مشترى ذلك المبيع ضريبةٌ من الحكومة، فإنّه تعليقٌ لفسخ البيع على أمرٍ لا يتحقّق وجوده. ولكنّ الطّريق المشروع له أن يُعقد البيعُ بخيار الشّرط. فإن فُرضت الضّريبة على المشترى فى مدّة الخيار بسبب الشّراء، فسخه المشترى بخيار الشّرط.

٢١٩- التّعليق على أمر كائن

والتّعليقُ على ما عرّفه الحَمَوىّ رحمه الله تعالى: "ترتيبُ أمرٍ لم يُوجد على أمرٍ لم يُوجد بـ((إن)) أو إحدى أخواتها."[٢] وخرج بهذا التّعريف التّعليقُ على أمرٍ كائن، أى على أمرٍ وُجدَ عند العقد، ولهذا قيّد ابنُ نُجيم بُطلانَ البيع المعلّق بالمعلّق

(١) Pollock & Mulla: On Sale of Goods Act, Sec. 4, Para 11.

(٢) غمزعيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر٣: ١٧٦ الفنّ الثالث: القول فى الشرط والتعليق.

www.besturdubooks.wordpress.com

بالشّرط المحض، وقال ابنُ عابدين: "والظّاهرأنّه احترازٌ عن التّعليق بشرطٍ كائن، فإنّه تنجيزٌ، كمافى جامع الفصولين، قال: ألاترى أنّه لوقال لامرأته: أنتِ طالقٌ إن كانت السّماءُ فوقَنا والأرضُ تحتَنا، تُطلَق للحال. ولو علّق البراءةَ بشرطٍ كائنٍ يصحّ."(١)

وظاهره أنّ تعليقَ البيع على أمرٍ كائنٍ يصحُّ بشرط أن يعلم المتبايعان وقوعَه، لأنّ النّظيرَ الّذى ذُكر فى جامع الفصولين لصحّة الإبراء المعلّق على شرطٍ كائن، هو أن يقول الزّوج: "أنتِ طالق إن كانت السّماءُ فوقنا والأرضُ تحتَنا." وهذا ما يعلمُه كلّ أحد. وحينئذٍ هو تنجيزٌ حقيقةً. أمّا إذا لم يعلم المتبايعان وقوعَ ذلك الأمر، مثلَ أن يقولَ البائع :"بعتُك هذا القلم، إن كان ابنى اشترى مثلَه" ولايعرفُ المتبايعان هل اشترى ابنُه مثلَه أم لا، فالظّاهر أنّه تعليق، لاتنجيز، فينبغى أن لاينعقد به البيعُ إن علما بعدذلك أنّ ابنَه اشترى مثله، فيحتاجان إلى عقدٍ فى ذلك الحين، لأنّ عدم معرفتهما بالشّرط الذى علّقا عليه البيعَ أخرج البيع من كونه جازماً، وهو المحظور الّذى يُبطل البيع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٢٠- البيع بشرط رضا غير العاقدين

والّذى يُستثنى من بُطلان البيع المعلّق عندالحنفيّة أن يُعلّقه العاقدُ برضا أحدٍ غيره. قال ابنُ قاضى سماوه رحمه الله تعالى: "ولوقال بعتُه بكذا إن رضيَ فلان، جازالبيع

---

(١) ردالمحتار١٥: ٤٥٩ مايبطل بالشرط الفاسد.وعبارة جامع الفصولين فى الفصل السادس والعشرين ٢:٢ باختلاف يسير فى اللفظ.

www.besturdubooks.wordpress.com

والشّرطُ جميعاً."(١) و إنّما أجيز ذلك على أنّه من قبيل خيار الشّرط. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "وإنّ شرطَ الخيار لأجنبيٍّ صحّ، وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره، وهذا قولُ أبى حنيفة ومالك. وللشّافعى فيه قولان، أحدهما لايصحّ، وكذلك قال القاضى: إذا أطلق الخيارَ لفلان أو قال لفلانٍ دونى، لم يصحّ." ثمّ رجّح ابنُ قدامة القول الأوّل،(٢) لكن صرّح البهوتيّ من الحنابلة بعدم انعقاد البيع به أيضاً. قال: "مالاينعقد معه بيعٌ كبعتُك أواشتريتُ إن جئتنى أو رضيَ زيدٌ بكذا."(٣) والظّاهرُ أنّه ليس هناك مانعٌ من شرطِ الخيار لغير المتعاقد، لأنّ خيار الشّرط إنّما شُرع ليتمكن صاحبُ الخيار من التّروّى، ومن استشارة ذوى البصيرة فى الأمر، فإن كان يجوز له أن يستشير غيره، ينبغى أن يُفوّض خيارَه إلى آخر يثِق به أكثرَ ممّا يثق بنفسه.

٢٢١ـالشّرط الثّانى: أن يكون البيع معقوداً فى الحال

ومن شروط انعقاد البيع أن يُعقد فى الحال، فلاينعقد البيعُ إن أضيف إلى مستقبل، مثل أن يقول: بعتُك هذا الشّيئ بكذا لتاريخ كذا. وإنّه فى حكم التّعليق فى عدم صحّة البيع بالاتّفاق، ولكنّ الظّاهر من عبارات الحنابلة والشّافعيّة أنّهم يُدخلون الإضافة فى التّعليق (٤) ويجعله الحنفيّة قسماً مستقلاً عن التّعليق، لفرقٍ دقيقٍ بنهما،

---

(١) جامع الفصولين ٢: ٣فصل ٢٦

(٢) المغنى لابن قدامة ٤: ١٠٠

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢: ١٦٤

(٤) "كقوله بعتُك إن جئتني بكذا...فلا يصحّ البيع لأنّه علّق البيع على شرط مستقبل، فلم يصحّ، كما إذا قال: بعتُك إذا جاء رأس الشّهر" (الشرح الكبير على المقنع لشمس الدّين بن قدامة ٤: ٥٨"=

www.besturdubooks.wordpress.com



وإن كان حكمُهما في فساد البيع واحداً.

قال العلاّمة ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"ثمّ الفرقُ بين التّعليق والإضافة هو: أنّ التّعليق يمنع المعلّق عن السّببيّة للحكم، فإنّ نحو "أنتِ طالق" سببٌ للطّلاق في الحال، فإذا قال: "أنتِ طالق إن دخلتِ الدّار" منعَ انعقادَه سبباً للحال، وجعلَه متأخّراً إلى وجود الشّرط. فعند وجوده ينعقد سبباً مُفضياً إلى حكمه، وهو الطّلاق. وأمّا الإيجابُ المضاف، مثلُ "أنتِ طالقٌ غداً" فإنّه ينعقد سبباً للحال، لانتفاء التّعليق المانع من انعقاد السّببيّة، لكن يتأخّرُ حكمُه إلى الوقت المضاف إليه، فالإضافةُ لا تُخرجُه عن السّببيّة، بل تُؤخِّر حكمَه، بخلاف التّعليق، فإذا قال: "إن جاء غدٌ، فللّه عليّ أن أتصدّق بكذا" لا يجوز له التّصدّق قبلَ الغد، لأنّه تعجيلٌ قبل السّبب، ولو قال: "لله عليّ أن أتصدّق بكذا غداً" له التّعجيلُ قبلَه، لأنّه بعد السّبب، لأنّ الإضافة دَخَلتْ على الحكم لا السّبب، فهو تعجيلٌ للمؤجّل. وتفرّع عليه ما لو حلف لا يطلّق امرأتَه، فأضاف الطّلاق إلى الغد، حَنِث، وإن علّقه لم يَحنث، هذا حاصلُ ما ذكروه في كتب الأصول."[1]

وبالجملة، فالبيعُ من العقود الّتي لا تقبل الإضافة إلى المستقبل، وعلّله في الدّرّ المختار بأنّها تمليكاتٌ للحال، فلاتُضاف إلى الاستقبال، كما لاتُعلّق بالشّرط، لمافيه

= وجاء في البيان في المذهب الشّافعي "ولايجوز تعليق البيع على شرط مستقبل بأن يقول: إذا جاء رأس الشّهر، أو إذا طلعت الشّمس فقد بعتُك عبدي." (٥: ١١٤)

(١) رد المحتار، كتاب البيوع، باب المتفرقات ١٥: ٥١٢، ٥١٣

www.besturdubooks.wordpress.com

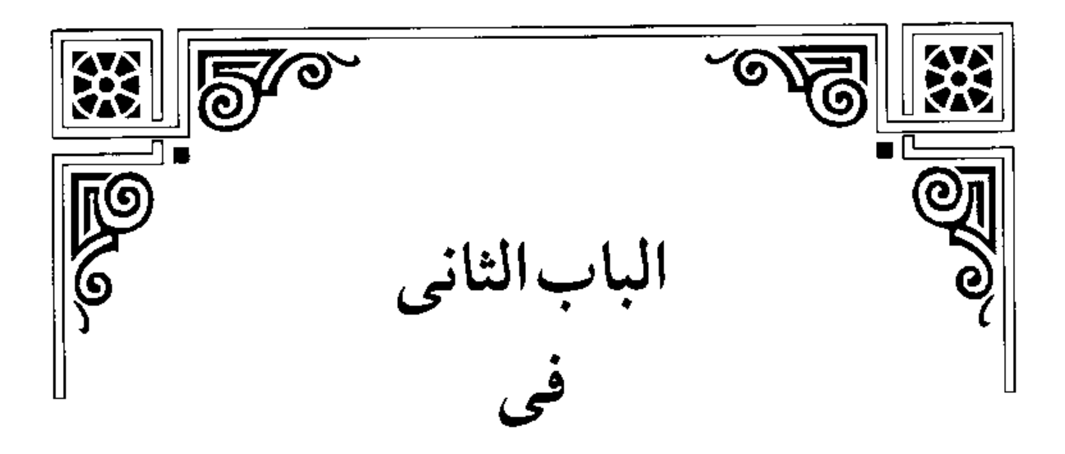


من القمار." وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: "حاصله أنّه تمليكٌ على سبيل المخاطرة، ولمّا كانت هذه تمليكاتٍ للحال، لم يصحّ تعليقُها بالخطر لوجودمعنى القمار."

وهذا بخلاف الإجارة، فإنّها تقبل الإضافة. قال الزيلعيّ رحمه الله تعالى: "لأنّ الإجارةَ وما شاكلها لايُمكن تمليكُه للحال." وقال ابنُ عابدين بعد نقله: "ويظهر من هذا ...أنّ الإضافة تصحّ فيما لايمكن تمليكُه فى الحال، وفيما كان من الإطلاقات، والإسقاطات، والالتزامات، والولايات، ولاتصحّ فى كلّ ما أمكن تمليكُه للحال."[1]

(١) ردالمحتار١٥: ٥١٦

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الثانى في الشرط الفاسد أو الاستثناء في البيع

٢٢٢-الشرط الفاسد

ويُشترط لصحة البيع أن لايكون مشروطاً بشرط فاسد. والشّروط الفاسدةُ على نوعين:

الأوّل: أن يُشترط في المبيع وصفٌ في وجوده غرر. وسنذكر مسائلَه إن شاء الله تعالى في مبحث خيار فوات الوصف.

والثّاني: أن يكون العقدُ مشروطاً بشرطٍ لايقتضيه العقد. فإن اشتُرط فيه مثلُ هذا الشّرط، فسد العقد. والفرقُ بين الشّرط والتّعليق أن التّعليق ترتيبُ أمرٍ لم يوجد على أمرٍ لم يوجد، والشّرطُ التزامُ أمرٍ لم يوجد في أمرٍ وُجد بصيغة مخصوصة.[١]

والأصلُ في هذا مارُويَ عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما أنّ النبيّ صلّى

---

(١) غمزعيون البصائر للحموى، ناقلا عن الزركشي ٤: ٤١ الفن الثالث، القول في الشرط والتعليق

www.besturdubooks.wordpress.com

الله عليه وسلّم نهى عن الشّرط فى البيع. رواه أبوحنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه.[1] وأخرجه الترمذيّ عنه بلفظ: "لايحلّ سلفٌ وبيعٌ، ولاشرطان فى بيع."[2] وإنّ الأئمّة الأربعة اختلفوا فى تفسير هذا الحكم. ونحتاج فى بيان كل مذهبٍ إلى تفصيل نُلخّصه فيما يأتى بتوفيق الله سبحانه وتعالى:

٢٢٣- المذهب الحنفي

خلاصةُ مذهب الحنفيّة أنّه إن كان المشروطُ فى البيع شرطاً يقتضيه العقد، أو يلائمُ العقد، أو شرطاً جرى به العرفُ فيما بين النّاس، فهو جائزٌ، ولا يفسُد به البيع. ومثالُ الشّرط الّذى يقتضيه العقد: ما إذا باع بشرط أن يحبِس المبيعَ إلى قبض الثّمن، أو اشترى دابّةً بشرط أن يركبها المشترى، أو اشترى حنطةً فى سُنبلها، وشَرط الحصادَ على البائع. والحقُّ أنّ هذا النّوع من الشّروط ليس من الشّرط المبحوث فيه، لأنّه لا يفيد إلاّ تأكيدَ ما وجب بنفس العقد، ولا يُضيف إليه شيئاً.

ومثالُ الشرط الّذى يلائمُ العقد، كما فى البدائع، ما إذا باع على أن يُعطيه المشترى بالثّمن رهناً أو كفيلاً، والرّهنُ معلوم، والكفيل حاضر، فقبِل، فإنّه جائز، وكذلك شرطُ الحوالة شرطٌ يُلائم العقد، فيجوز.[3] ولعلّ من الشّروط الملائمة فى عصرنا أنّ البائعَ يُسجّل ملك المشترى للمبيع فى الجهات الرّسميّة.

---

(١) جامع المسانيد ٢: ٢٢

(٢) جامع الترمذى، كتاب البيوع، باب ١٩، حديث ١٢٣٤

(٣) بدائع الصنائع ٥: ١٧١، والمبسوط ١٣: ١٩، وفتح القدير ٥: ٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com

ومثالُ الشّرط الّذي جرى به العُرف، ما إذا اشترى نعلاً على أن يحذُوه البائع، أو جِراباً على أن يخْرِزه له خُفًا. قال السّرخسيّ رحمه الله في المبسوط: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عُرفٌ ظاهر، فذلك جائزٌ أيضاً، كما لو اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذُوه البائع، لأن الثّابت بالعرف ثابتٌ بدليل شرعيّ، ولأنّ في النّزع عن العادة الظّاهرة حرجاً بيّناً."

وقال الكاسانيّ في البدائع: "والقياسُ أن لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله. وجهُ القياس أنّ هذا الشّرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين، وإنّه مُفسد .... ولنا أنّ النّاسَ تعاملوا هذا الشّرط في البيع، كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياسُ بتعامُل النّاس، كما سقط في الاستصناع."[١]

وأمّا الشّروط الأخرى الّتي لا تدخُل في واحدٍ من هذه الثّلاثة، فإن كان فيها منفعةٌ لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه، فإنّها فاسدة، ويفسُد بها البيع، مثل أن يشتريَ الحنطة على أن يطْحَنها البائع، أويتركَه في داره شهراً، أو ثوباً على أن يخيطَه، فالبيعُ فاسد كما في فتح القدير[٢] وغيره.

وإن كان الشّرطُ بحيثُ لا منفعةَ فيه لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه، فالشّرطُ باطل، والعقدُ صحيح، نحو ما إذا اشترى دابّةً أو ثوباً بشرط أن لا يبيع، كذا في المبسوط[٣]. وعلّله في البدائع بقوله: "لأنّ هذا شرطٌ لا منفعةَ فيه لأحد، فلا يوجب

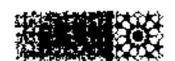
---

(١) بدائع الصنائع ٥: ١٧٢

(٢) فتح القدير ٥: ٢١٥

(٣) المبسوط ١٣: ١٥

www.besturdubooks.wordpress.com



الفساد، وهذا لأنّ فسادَ البيع في مثل هذه الشّروط، لتضمّنها الربا،[1] وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يُقابلها عوض، ولم يوجد في هذا الشّرط، لأنّه لا منفعةَ فيه لأحد، إلاّ أنه شرطٌ فاسد في نفسه، لكنه لا يؤثّر في العقد، فالعقد جائزٌ والشّرطُ باطل."

٢٢٤- المذهب الشافعيّ

مذهب الشّافعيّة قريبٌ من مذهب الحنفيّة. فالشّرط الّذي يقتضيه العقد صحيحٌ عندهم بداهةً، لأنّه ملحوظٌ من غير حاجةٍ إلى أن يُذكر.

وأمّا الشّرط الذي يُلائم العقد، فيُسمّى في المذهب الشافعيّ بالشّرط الّذي فيه "مصلحة العقد"، أو الشّرط الّذي تدعو إليه الحاجة، وهو جائزٌ عندهم بهذا التّعبير، فقد ذكر الشّيرازيّ في المهذّب:

> "فإنّ شرطَ ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة، كالخيار، والأجل، والرّهن، والضّمين، لم يُبطل العقد، لأنّ الشّرع ورد بذلك على ما نبيّنه في مواضعه إن شاء الله، وبه الثّقة، ولأنّ الحاجة تدعو إليه، فلم يفسُد العقد."[2]

وإنّ تعبير "المصلحة" أو "الحاجة" ظاهرُه العمومُ في كلّ مصلحة، وكلّ حاجة، ولكنّهم

---

(١) وسيأتي قريبا الكلام على تنقيح علّة فساد البيع بشرط فاسد، وأنّ كونه يتضمن الربوا علّة مرجوحة. وذلك تحت عنوان "علة فساد البيع بالشرط الفاسد"

(٢) المهذّب ١: ٢٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

لا يُريدون ذلك العموم، وإنّما استثنَوا بهذا التّعبير صُوَراً مخصوصة، ذكرها الرملّيّ في نهاية المحتاج والخطيب الشّربيني في مُغني المحتاج.[١]

وأمّا الشّرط الّذي جرى به التّعامل، فليس مستثنىً من النّهي عند الشّافعيّة، كما هو مستثنىً عند الحنفيّة، غيرَ أنّهم يجوّزون بيعَ العبد بشرط إعتاقه لتشوّف الشّارع إلى العتق، ولحديث بريرة رضي الله عنها، وهذا خلافُ القياس عندهم.

وأمّا الشّرطُ الّذي لا غرضَ فيه، ولا منفعةَ منه لأحد، فإنّه يلغو عند الشافعيّة، ولا يفسُد به العقد، كما عند الحنفيّة سواءً بسواء.[٢]

فالفرق الحقيقيّ بين المذهبين أنّ الحنفيّة يجوّزون الشّرط الّذي جرى به التّعامل، ولا يجوّزه الشّافعيّة.

٢٢٥- المذهب المالكيّ

وإنّ المذهب المالكيّ من أدقّ المذاهب، وأكثرِها تفصيلاً في مسئلة الشّرط. والفرقُ بينه وبين المذهبين السّابقين أنّ الأصلَ فيهما عدمُ جواز الشّرط، وللإباحة صُوَرٌ مُستثناة. والأصل في المذهب المالكيّ علي العكس من ذلك: إباحةُ الشّرط، ولعدم الجواز صُوَرٌ مستثناة، فلا يكون الشّرطُ في هذا المذهب فاسداً إلاّ في موضعين:

الأوّل: إذا كان الشّرط يُناقض مقتضى العقد، كما إذا اشترط البائع على المشتري ألاّ يتصرّف في المبيع.

---

(١) نهاية المحتاج ٣: ٤٣٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢

(٢) نهاية المحتاج ٣: ٤٣٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

والثّاني: إذا كان الشّرط يُخِلّ بالثّمن، بأن يزيدَه أو ينقُصه إلى قدرٍ غير معلوم. وهذا كبيعٍ اشتُرط فيه قرضٌ، ووجهُ فساد الشّرط في هذا، كما يقول الخُرشيّ رحمه الله تعالى، أنّ الشّرط: "يعود جهلُه في الثّمن إمّا بزيادة، إن كان الشّرطُ من المشتري، أو بنَقص، إن كان من البائع." يعنى أنّه إذا اشترط البائعُ أن يُقْرِضه المشترى، فكأنّ جُزءً من المبيع مقابلٌ للإقراض، فإن لم يُقرِضْه وجب أن يزيدَ المشترى في الثّمن مُقابلَ الجزء الّذى كان الإقراضُ مقابلَه، وهذا الجزءُ من الثّمن مجهول، وإذا اشترط المشترى أن يُقرضه البائع، فكأنّ جزءً من الثّمن مقابلٌ للإقراض، فإن لم يُقرضْه البائع وجب أن يردُّ بعضَ الثّمن الّذى كان مقابلَ الإقراض، وقدرُه مجهول، فاختلّ الثمن.

والشّرط الفاسد عندهم يبطُل في جميع الأحوال، ولا يُعمل به، وأمّا أثره في العقد، فينقسم إلى أقسامٍ ثلاثة:

١.إنّ الشّرط الفاسدَ يُبطل العقدَ، وذلك إنّما يقع عادةً إذا كان الشّرطُ يُناقض مقتضى العقد، بحيث إذا أُعمل لزِم أن يختلّ العقد، فيبطُل الشرط والعقد كلاهما، كما إذا اشترط البائعُ على المشترى أن لا يتصرّف في المبيع، أو اشترط الواهب على الموهوب له أن لا يقبض الهبة.

٢.إنّ الشّرط الفاسد يبطُل وحده، ويبقى العقدُ جائزاً، ويبدو أنّ ذلك يقعُ فيما إذا ناقض الشّرطُ مقتضى العقد، ولكنّ العقد لا يختلّ إذا أُعمل الشّرط، كما إذا اشترطت الزّوجة على زوجها أن لا يتزوّج عليها، أو ألاّ يطلّقها، فحينئذٍ يبطُل الشّرط ويصحّ العقد. وذكر ابنُ رشد من هذا القبيل أن يشترط البائعُ شيئاً بعد انقضاء ملك المشترى، مثل أن يبيعَ

www.besturdubooks.wordpress.com

العبد، ويشترطَ أنّه متى أعتقه المشترى، فإنّ الوَلاء يرجعُ إلى البائع، كما فى حديث بريرة، حيث يصحُّ البيع ويفسُد الشّرط.

٣.إنّ الشّرط الفاسدَ يُبطل العقد إلاّ إذا نزل عنه المشترط، فيسقُط الشّرطُ ويبقى العقد، وهذا فيما إذا كان الشّرطُ يُخلّ بالثمن، كما في بيع الوفاء وغيره.

وما سوى هذه الصّور من الشّروط، جائزٌ عند مالك رحمه الله تعالى، فيجوز فى مذهب المالكيّة أن يشترط البائع على المشتري أن يُعتِق العبدَ المبيع، أو يقف الأرضَ المبيعة، ممّا يتضمّن إيقاعَ معنىً فى المبيع هو من معانى البرّ، وكذلك يجوز عنده أن يبيعَ الدّار، ويشترطَ البائعُ سُكناها مدّةً معقولة، أو الدّابّة، ويشترطَ ركوبَها إلى مدّة معلومة، أو مكانٍ معلوم، أو الثّوب، ويشترطَ عليه المشترى أن يخيطه، أو الحِنطة، ويشترطَ عليه أن يطحنها، وغير ذلك من الشّروط الّتى فيها مصلحةٌ معقولةٌ لأحد المتعاقدين.

هذه خلاصةُ ما في بداية المجتهد، ومواهب الجليل للحطّاب، والخُرَشيّ[١]. ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد: "ويرى أصحابُه أنّ مذهبَه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبِه تجتمع الأحاديث كلُّها، والجمعُ عندهم أحسنُ من التّرجيح".

٢٢٦- المذهب الحنبليّ

أمّا المذهب الحنبليّ، فيقول: إنّ الشّرطَ إذا كان أكثرَ من الواحد، يُنظر: إن كانا من مصلحةِ العقد جاز العقد والشّرطان جميعاً، مثلَ أن يبيعه بشرط الخيار، والتّأجيل،

---

(١) بداية المجتهد ٢: ١٦١ و١٦٢، ومواهب الجليل للحطاب ٤:٣٧٣و٣٧٥، والخرشي ٥:٨٠و ٨١

www.besturdubooks.wordpress.com



والرّهن، والضّمين. أمّا إن لم يكُن الشّرطان من مصلحة العقد، فسد الشّرطان والعقدُ جميعاً على الإطلاق، مثلَ أن يشتريَ ثوباً بشرط أن يخيطَه البائع ويغسِله، فهذان شرطان، ويفسُد به العقد.

وأمّا إذا كان الشرطُ واحداً، فإن كان اشتراطَ عقدٍ فى عقد، نحو أن يبيعَه شيئاً بشرط أن يبيعَه المشترى شيئاً آخر، فهذا شرطٌ فاسدٌ يُفسد البيع. وإن كان اشتراطَ منفعة للبائع فى المبيع، مثلَ أن يبيعَ الدابّةَ ويشترط ركوبَه، أودارا، ويشترطَ سُكناها مدّةً معلومة، أواشتراطَ منفعة للمشترى، مثلَ أن يشتريَ ثوباً ويشترطَ على البائع خياطتَه، فالشّرط جائزٌ والعقدُ جائز. وإن كان الشّرطُ مخالفاً لمقتضى العقد ولكن فيه معنى البرّ، مثلَ أن يشترط بائعُ العبد أن يُعتقه المشترى بعد الشّراء، فهو جائزٌ فى رواية، وفاسدٌ فى أخرى. أمّا الشّروط الأخرى الّتى تُنافى مقتضى العقد، مثل أن لايبيعَ، أو لايهَب، أولا يعتق، أو أن يبيع أو يهب، فهذه شروطٌ فاسدةٌ لاتجوز، ولكن هل يفسد بها البيع؟ فيه روايتان، وذكر القاضى أنّ المنصوصَ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى أنّها لاتُفسِد البيع، فالبيع صحيح. وهذا ملخّص مافى المغنى لابن قدامة[1].

٢٢٧- الأحاديث الواردة في الباب

وأمّا الأحاديث الواردة في الباب فثلاثة، وقد جَمَعَتْها قصّةُ عبد الوارث بن سعيد، فنوردها بتمامها، لما فيها من فوائد:

أخرج ابن حزم في المحلى[2] والحاكم في معرفة علوم الحديث[1] عن عبد الوارث

---

(١) المغنى ٤: ٢٨٦

(٢) المحلى ٨: ٤١٥

=

www.besturdubooks.wordpress.com

بن سعيد، قال: "قدمتُ مكّة، فوجدتُ بها أبا حنيفة، وابنَ أبى ليلى، وابنَ شُبْرُمة، فسألت أبا حنيفة عمّن باع بيعاً، واشترط شرطاً، فقال: البيعُ باطل، والشّرطُ باطل. ثمّ سألت ابنَ أبى ليلى عن ذلك، فقال: البيعُ جائز، والشّرطُ باطل. ثمَ سألتُ ابنَ شُبرمة عن ذلك، فقال: البيعُ جائز، والشّرطُ جائز. فرجعتُ إلى أبى حنيفة، فأخبرتُه بما قالا، فقال: لا أدرى ما قالا، حدثّنا عمرُو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه: أنَ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعٍ وشرط. البيع باطل، والشّرط باطل. فأتيتُ ابن أبي ليلى، فأخبرتُه بما قالا، فقال: لا أدرى ما قالا، حدثّنا هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة أمّ المؤمنين: أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: اشترِى بريرة، واشترِطى لهم الولاء. البيع جائز، والشّرط باطل. فأتيتُ ابنَ شُبرمة، فأخبرته بما قالا، فقال: لا أدرى ما قالا، حدثّنا مسعر بن كِدام، عن مُحارب بن دثار، عن جابر بن عبد الله: أنّه باع من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم جملاً، واشترط ظَهْره إلى المدينة. البيعُ جائز، والشّرط جائز."

فهذه هي الأحاديثُ الثّلاثة الّتى يدورُ عليها الكلامُ فى مسئلة الباب. فأمّا حديث بريرة رضي الله تعالى عنها، فإنّ شرطَ الولاءِ للبائِعِين شرطٌ لم يكن فى اختيار العبد وفاءُه، لأنّ استحقاقَ الولاء حكمٌ شرعىّ لايتغيّر بالاشتراط. والشّرطُ الّذى يُبطل البيعَ ماكان وفاءُه فى اختيار العبد، فصار كأن يقول: بعتُك هذه الأرض بشرط أن لايرثَك فيها بنوك. فمثلُ هذا الشّرط كالمعدوم، فلا يُبطل البيع. وقد فصّلنا الكلام على

= (١) معرفة علوم الحديث(ص.١٢٨)

www.besturdubooks.wordpress.com

حديث بريرة رضى الله عنها فى كتاب العتاق من تكملة فتح الملهم.[١]

أمّا حديث النّهي عن بيع و شرط، فقد رُوي بطريقين:

الأوّل: ما أخرجه التّرمذيّ فى باب كراهية بيع ما ليس عنده من طريق أيوب، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما: أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: "لا يحلّ سلفٌ وبيع، ولا شرطان في بيع" وقال التّرمذي: هذا حديثٌ حسنٌ صحيح. واستدلّ به أحمد وإسحاق رحمهما الله تعالى على جواز الشّرط الواحد في البيع، ومنع الشّرطين.

والثّاني: ما رواه أبو حنيفة رحمه الله، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن الشّرط في البيع، كما في جامع المسانيد[٢]، واستدلّ به أبو حنيفة والشّافعيّ رحمهما الله تعالى على أن الأصل في الشّرط عدمُ الجواز، سواءٌ أكان واحدا، أم أكثر.

وقال شيخُنا العثمانيَ التّهانويّ رحمه الله تعالى فى إعلاء السنن:

"يمكن أن يكون عمرو بن شعيب يروي عن أبيه عن جدّه كلتا الرّوايتين، فروى عنه أبو حنيفة رواية، وروى عنه آخرون رواية أخرى. والثّاني أن يقال: إنّ أصل الرواية كان أنّه نهى عن شرطين في بيع، إلا أنّ أبا حنيفة رواه بالمعنى، لأنّ معنى الشّرطين في البيع: هو البيع والشّرط، لأن البيعَ نفسه شرط، فإذا شُرط فى البيع شرطٌ آخر اجتمع فيه شرطان، كذا قاله الطّحاويّ في معانى الآثار.... وأيضاً لا

---

(١) تكملة فتح الملهم، طبع دارالقلم ١: ١٨٥

(٢) جامع المسانيد ٢: ٢٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وجهٌ لجواز الشّرط وعدم جواز الشّرطين، وأيضاً: كلّ شرط متضمن لشرطين: شرط الوجود، وشرط العدم، فلا يخلو بيعٌ بالشّرط عن شرطين، فلا يجوز لوجود الشّرطين."[١]

وأمّا حديث جابر رضي الله تعالى عنه، فإنّه باع جَمَله من النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم على أن يركبَه إلى المدينة، فخلاصةُ الكلام فى هذا الحديث أنّ هذه القصّة قد رُويَت بألفاظ مختلفة، يدلّ بعضُها على أنّ الرّكوب كان شرطاً فى العقد، كما فى صحيح مسلم: "واستثنيتُ عليه حُملانَه إلى أهلى"، ويدلّ بعضُها على أنّه لم يكن مشروطاً فى العقد، ووقع البيعُ مطلقاً، ثمّ تبرّع به النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم. ومن أصرح ما يدلّ على ذلك ما أخرجه أحمد فى طريق نُبيح العنْزىّ بسندٍ رجالُه ثقات:

"فقال النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم: قد أخذتُه بوقيّة، قال: فنَزلتُ عن الرّحل إلى الأرض، قال: ما شأنك؟ قال : قلتُ: جملَك! قال: قال لى: اركب جملَك، قال: قلت: ما هُو بجملي، ولكنّه جملُك، قال: كنّا نراجعُه مرّتين فى الأمر إذا أمرَنا به، فإذا أمَرنا الثّالثة لم نُراجعْه، قال: فركبتُ الجمل."[٢]

فإنّ هذا السّياق صريحٌ فى أنّ جابراً رضي الله تعالى عنه قد سلّم الجملَ إلى النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم، ولم يرْضَ بالرّكوب عليه، إلاّ بأمرٍ متكرّر من النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم، فضلاً عن أن يكونَ قد شرَطه فى العقد.

و قد ذكر البخاريّ رحمه الله تعالى فى كتاب الشّروط أنّ الرّوايات الّتى وردت

---

(١) إعلاء السنن ١٢: ١١٢

(٢) ٢٣ : ١٥٠ (برقم ١٤٨٦٤)

www.besturdubooks.wordpress.com



بألفاظ الاشتراط أكثرُ و أصحّ. وتعقّبه شيخُنا العثمانيّ رحمه الله تعالى فى إعلاء السنن[1] بأنّ رُواة عدم الاشتراط أكثرُ و أقوى، فساق جميعَ الرّوايات، وتكلّم عليها متناً واسناداً.

ولو سُلّم قول البخاري رحمه الله تعالى، فإنّه يُمكن أن تكونَ صيغُ الاشتراط من تصرّف الرّواة، وأن يكون الرّواة عبّروا عنه بصيغ الشّرط، لما أنّ التّبرّع قد وقع بعد البيع متّصلاً، بخلاف سياق ما أسلفنا من رواية أحمد، فإنّها صريحةٌ فى كون الرّكوب تبرّعاً، ولا يمكنُ حملُها على الاشتراط، وهو الّذى يطمئنّ إليه القلب نظراً إلى جُود النّبيّ صلّى الله عليه وسلم، وثقة الصّحابة به، فلا يُظَنّ بجابر أن يخاف عند البيع أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم يتركه راجلاً فى الصّحراء، حتىّ يشترط ركوبَه فى صُلب العقد معه صلّى الله عليه وسلّم. والظّاهر من مثله أن يكون قد عقد البيع مطلقاً عن شرط، ثقةً بجود النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وقد صدّق النّبيّ صلّى الله عليه وسلم ثقته بعد البيع فعلاً، فأمره بالركوب، فيُمكن أن يكون بعضُ الرّواة قد عبّروا ثقتَه هذا بصيغ الاشتراط، وذكر الآخرون حقيقة الأمر، فلم يعبّروا عنه بالاشتراط.

ثمّ هناك ناحيةٌ أخرى، توجّه إليها الطّحاويّ رحمه الله تعالى فى شرح معاني الآثار، وهي أنّ النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم لم يكن فى هذه القصّة قَصَد البيع أصلاً، وإنّما كان يريد أن يُحسن إلى جابر رضي الله تعالى عنه بإيصال ثمن الجمل إليه، وتوصّل إلى ذلك بصورة عقْد البيع، ولهذا رَدَّ الجملَ إلى جابر رضي الله عنه بعد الوصول إلى المدينة، ولم يُمسكه بنفسه. ويدلّ عليه قولُه عليه الصلوة والسّلام فى صحيح

---

(١) إعلاء السنن ١٢: ١٠٩

www.besturdubooks.wordpress.com

مسلم: "أتراني ماكستُك لآخذ جملك ودراهمك؟ فهو لك." ووقع في طريق نُبيح العنْزيّ عند أحمد أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم بعد ما وفّى أوقية إلى جابر، قال له: "خُذْ جملك" فقال جابر: "ماهو جملي، إنّماهو جملُك يا رسول الله!" قال: "خذجملك." قال جابر: "فأخذتُه". فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم: "لعمري! مانفعناك لِنُنْزلك عنه."[١] فمن هذه الجهة لا يستقيم الاستدلال بهذه القصّة على أحكام البيوع المقصودة.

وقد وردت آثارٌ في تأييد من يمنع الاشتراط:

فمنها ما أخرجه الطحاويّ في شرح معاني الآثار عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود أنّها باعت عبدَ الله جاريةً، واشترطتْ خدمتَها، فذكر ذلك لعمر، فقال: لا يقربنّها، ولا أجدُ فيها مثوبة.[٢]

ومنها ما أخرجه الطّحاويّ أيضاً عن ابن عمر قال: " لا يحلّ فرجٌ، إلاّ فرجٌ إن شاء صاحبُه باعه، وإن شاء وهبه، وإن شاء أمسكه، لا شرطَ فيه."

وبالجملة، فالمسئلة مجتهَدٌ فيها منذ عهد الصّحابة والتابعين، وإنّ مذاهبهم المختلفة مرويّةٌ عند عبد الرّزّاق في مصنفه[٣].

٢٢٨- علّة فساد البيع بالشرط الفاسد

ثمّ اختلفت عباراتُ الفقهاء الحنفيّة في تعليل فساد البيع بالشّرط. فقد مرّ عن البدائع

---

(١) مسند أحمد بتحقيق الشيخ شعيب أرناؤوط، برقم ١٤٨٦٤. ج٢٣ ص ١٥٠

(٢) شرح معاني الآثار ٢: ١٨٢

(٣) مصنف عبد الرزاق ٨: ٥٦ إلى ٦٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أنّ فساد البيع في مثل هذه الشّروط، لتضمّنها الرّبا، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض. وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: إنّه معلّل بإفضاءه إلى النّزاع، فقال معلّلا لجواز الشّرط المعروف: "لأنّ الحديثَ معلولٌ بوقوع النّزاع المُخرج للعقد عن المقصودبه، وهو قطعُ المنازعة، والعُرف ينفي النّزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث."[١]

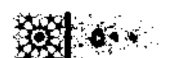
والظّاهر أنّ تعليلَ ابن عابدين رحمه الله تعالى هو الرّاجح، وذلك لأمرين. الأمرُ الأوّل: أنّ الفقهاء الحنفيّة أجازوا الشّروط الّتي جرى التّعاملُ بها بحكم العُرف، ولو كان الفسادُ معلولاً بكون العقد يتضمّن الرِّبا، لما جاز الشّرطُ بحال، حتىّ لوكان متعارَفاً، لأنّ الرّبا لايحلّ بالعُرف والتّعامل.

والأمر الثّاني: أنّ تعليلَه بأنّه زيادةٌ من غير عوض ويلزم منه الرّبا، غيرُ واضح، لأنّه إذا اشترط المشتري منفعةً، فإنّ تلك المنفعةَ صارت جزءً من المبيع، وصار جزءٌ من الثّمن مقابلاً لها، وإن اشترط البائعُ منفعةً، صارت تلك المنفعةُ جزءً من الثّمن، وصار جزءٌ من المبيع مقابلاً لها، فليس هناك زيادةٌ بغير عوض. نعم! يلزم منه صفقةٌ في صفقة، على أنّ جزءَ المبيع المقابل للمنفعة في الصّورة الأولى، وجزءَ الثّمن المقابل للمنفعة في الصّورة الثانية غيرُ معلوم، فجاء الفسادُ من هذه الجهة، وهو الّذي عبّر عنه المالكيّة بأنه يُخلّ بالثمن، كما أسلفنا في مذهبهم. فتبيّن أن العلّة هي الجهالةُ المفضية إلى النّزاع، وليس أنّه زيادةٌ من غير عوض. أمّا إذاكان الشّرطُ متعارَفاً، فالعُرف يقضي على أنّه ليس صفقةٌ في صفقة، لأنّ مجموعَ ما عُقد غليه الأمر أصبح بحكم العُرف كأنّه شيئ واحد، فصار كما

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢: ١٢١: رسالة نشرالعرف

www.besturdubooks.wordpress.com



باع شاتين بصفقة واحدة. وإنّ العرفَ يقضي على الجهالة أيضاً، لكون التجّار يعرفون فرقَ السّعر بين البيع المشروط فيه المنفعة، وبين غير المشروط فيه، فلا يقع النّزاع عند الإخلال بالشّرط، فإن اشترط مشتري النّعل أن يحذُوه البائع ، فإنّ الفرقَ بين قيمة المحذوّ وغير المحذوّ معروفٌ بين التجّار.

ثمّ إنّ الحنفيّة ذكروا صوراً أخرى للشّرط المتعارَف غير شرط حذوالنّعل، فقال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى:

"ومثلُه في ديارنا شراءُ القبقاب على هذا الوجه، أي على أن يُسمّر له سَيراً... ومن أنواعه شراءُ الصّوف المنسوج على أن يجعله البائعُ قلنسوةً، وبشرط أن يبطّن لها البائع بطانةً من عنده."[1]

وجاء في البزازية:

"اشترى ثوباً أو خُفّا خلِقا على أن يُرقّعه البائع ويُسلّمه صحّ."[2]

وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"وتدلّ عبارةُ البزّازيّة والخانيّة، وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العُرف الحادث. ومقتضى هذا أنّه لوحدث عرفٌ في شرطٍ غيرِ الشّرط في النّعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبراً، إذا لم يُؤدّ إلى المنازعة."[3]

---

(١) فتح القدير ٦: ٨٥

(٢) البزازية على هامش الهندية ٤: ٤٢٩

(٣) ردالمحتار، باب البيع الفاسد ١٤: ٦٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٢٩- الصور المتعارفة لاشتراط الشروط فى البيع

وقد كثُرت فى عهدنا أنواعُ الشّروط في البيوع والإجارات وغيرها، مثل أن يُباع الهاتف الجوّال بشرط أن يُوفّر البائعُ معها منفعةَ استخدام شبكةٍ معيّنة لدقائق معلومة، أو يُباع جهازٌ بشرط أن يستخلص البائعُ رخصةً لصالح المشترى باستعمال ذلك الجهاز. وكذلك ما تُعورف في العالمَ كلّه أنّ مشتريَ الثلاّجات، والدّافئات، والمكيّفات، والأجهزة الكهربائيّة الأخرى يشترط على البائع القيامَ بتصليحها كلّما عرضَها فسادٌ في حُدود مدّةٍ معلومة، كالسّنة أو السّنتين مثلاً، فإنّ هذا الشّرط جائزٌ لشيوع التّعامل به.

٢٣٠- الضمان الممدّد (Extended Warranty)

ولكن هناك التزامٌ آخر رائجٌ فى السّوق اليومَ باسم "الضّمان الممدّد" Extended (Warranty) وهو أنّ يُمدّد البائعُ مدّة تصليح الجهاز من قِبَله فوق المدّة المشروطة فى العقد لقاءَ عوضٍ مالىّ زائد، فمثلاً: لوكانت المدّةُ المشروطةُ فى العقد لتصليح الجهاز من قِبل البائع سنةً، فإنّ البائع يقول: "ادفع لى كذا، فأمدّدُ المدّةَ إلى سنةٍ أخرى." فهذا ليس ممّا نحن فيه الآن من مسألة البيع بالشّرط، وإنّما هو عقدٌ مستقلٌ من عقود الصّيانة. وموضعه كتاب الإجارة.

وليُتنبّه أنّ العثمانيّين قد أدخلوا تعديلاً في مجلّة الأحكام العدليّة، بإضافة مادّةٍ جديدةٍ على الوجه الآتي:

"البيع بشرطٍ يعود نفعُه على أحد العاقدين صحيح، والشراء معتبر، فإذا باع

www.besturdubooks.wordpress.com

فرساً على أن يركبها مدّة كذا، أو اشترى المشترى شيئاً مقابلَ سكنى داره المعلومة، فذلك البيع صحيح، والشرط معتبر".

وجاء في المذكّرة التفسيرية لهذه المادّة:

"إنّ تقييدَ البيع بشرطٍ ب"على"، كما أنّه لا يجوز عند الحنفيّة، كذلك لم تُجزْه المالكيّة (؟) والشّافعيّة. وفي زماننا هذا نرى أنّ البيوعَ تُعقد خلافاً لهذه المذاهب الثّلاثة، فوجب القولُ بما تقول به الحنابلةُ لتقريب أعمال النّاس إلى الجواز، ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً."

نقله الدكتور عبد الرزّاق السنهوريّ فى كتابه "مصادر الحقّ فى الفقه الإسلاميّ".[1] والّذى يبدو أنّ تعميمَ حكم الجواز لجميع الشّروط فى البيع ربّما يؤدّى إلى مفاسد، والظّاهر أنّ ما ذهب إليه الحنفيّة من جواز الشّرط المتعارف يُغطّى الحاجة الّتى ذكرتها هذه المذكّرةُ. والله سبحانه وتعالى أعلم، وعلمه أتمّ وأحكم.

٢٣١- شرط عدم المنافسة

وقد راجت فى بعض القوانين الوضعيّة شروطٌ تعسّفيّة لاعهدَ بها فى الشّرع، مثلُ شرط "عدم المنافسة" (Restraint on competition) وذلك أنّ مَن اشترى محلاًّ تجاريّاً من آخر، فإنّه يَشترط على البائع أنّه لايفتح محلاًّ تجاريّاً مثلَه لمدّة معلومة فى دائرة محدّدة. وإنّ مثلَ هذا الشّرط لانرى جوازَه، لأنّه حَجْرٌ على البائع وتقييدٌ لحرّيته فى التّجارة، وليس للمشترى أن يمنعَه من أيّ نوع من التّجارة المباحة شرعاً. ثمّ إنّ مثلَ هذا الشّرط

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣: ١٧٦ طبع ثالث ١٩٦٧م

www.besturdubooks.wordpress.com



يعوق دون منافسة حرّة فى السّوق، ويتبيّن من عدّة أحكام الشّريعة فى التّجارات أنّها تُشجّع المنافسة التّجاريّة، فإنّها تضمنُ القيمةَ العادلةَ للمستهلكين، دونَ أن يتحكّم فيها واحدٌ، أو قلّةٌ قليلةٌ من التّجّار الأثرياء. وإنّ مثلَ هذا الشّرط مخالفٌ لهذا المقصود.

نعم! إن اشتُريَ المحلُّ التّجاريّ مع اسمه الّذى له سُمعة، وزِيدَ الثّمن من أجله، فيجوزَ أن يُشترط على البائع أن لايستخدمَ هذا الاسمَ التّجاريّ، وتنطبق عليه الأحكام والشّروط الّتى ذكرنا ها فى مسئلة بيع الاسم التّجاريّ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٣٢ـ شرط عدم نقل الملكيّة

وقد أُجيزَ فى بعض القوانين الوضعيّة أن يَشترط البائعُ عدمَ نقل الملكيّة إلى المشترى إلى أن يُسدّد كلَّ الثّمن. وهذا الشّرطُ له معنيان: الأوّل: أن لاتُنقلَ الملكيّةُ الحقيقيّة إلى المشترى، بحيثُ لايزالُ البائعُ مالكاً للمبيع، فهذا الشّرطُ إن كان فى "اتفاقيّة البيع" (Agreement to sell) الّتى حقّقنا فيها أنّها مواعدةٌ للبيع فى المستقبل، وليس بيعاً، فإنّ حاصلَ هذا الشّرط أنّ الوعد بإنجاز البيع مشروط بذلك الشّرط. وهذا لا بأس به، لأنّ البيع لم يتمّ بعد. وبما أنّ القوانين الوضعيّة لا تعترف بالبيع إلاّ بانتقال الملك، فينبغى أن يُحمل إجازةُ الشّرط بهذا المعنى.(١)

أمّا إذا تجاوزت مرحلةُ الوعد، وأنجز البيعُ، ثمّ اشتُرط أنّ الملك لاينتقل إلى المشترى إلاّ بتوافر شروط، فإنّه شرطٌ مناقضٌ لعقد البيع، يفسُد به البيع بالإجماع، لأنّه لامعنى للبيع إلاّ نقلُ ملك المبيع إلى المشترى، وإنّ ذلك يتمّ فورَ تمام الإيجاب

(١) وليراجع المادّة ١٩ من قانون بيع المال مقارناً بالمادّة ٤

www.besturdubooks.wordpress.com

والقبول. واشتراطُ عدم نقل الملك معناه أن يُعقد البيع بشرط عدم البيع. وهو تناقضٌ ظاهر. وإن قيل: إنّ الملكَ يحدُث بتسديد الثّمن تلقائيّاً، فهو بيعٌ معلّق، وقد سبق أنّ البيع لايقبل التّعليق.

والمعنى الثّانى لهذا الشّرط أنّ المرادَ من نقل الملكيّة تسجيلُ المبيع باسم المشترى فى الجهات الرّسميّة، فيشترط بائعُ السيّارة مثلاً أنّه لايُسجّلها فى الجهات الرّسميّة باسم المشترى إلاّ بعد تسديد الثّمن بكامله، وكذلك بائعُ البيت يشترط مثلَ هذا الشّرط، وإن كان المشترى يملكُه حقيقةً، ويتصرّف فيه تصرّفَ الملاّك. وهذا لامانعَ منه شَرْعاً، لأنّ التّسجيلَ فى الجهات الرّسميّة أمرٌ إجرائيّ زائدٌ على الملكيَة الحقيقيّة والعرفيّة، وقد يُعترف به فى القانون أيضاً باسم "ملكيّة المنفعة" (Beneficial Ownership) فالامتناعُ من التّسجيل لايُنافى نقلَ الملكيّة الحقيقيّة والعُرفيّة. وقد سبق منّا فى مبحث بيع التّلجئة والعقود الصّوريّة أنّه يمكن أن يكونَ التّسجيلُ باسم غيرِ المالك الحقيقيّ.

٢٣٣- البيع بشرط وجود من يشتريه من المشترى

وهناك طريقٌ متّبَعٌ فى الأسواق أنّ مَن يُريد أن يبيعَ أشياءَ إلى تاجرِ تلك الأشياء، فإنّ التّاجرَ لايقبل أن يشتريَ منه فوراً، بل يقول له: إنّى أقبل أن تضعها عندى على أنّى إن وجدتُ مشترياً لها، اشتريتُها منك. ولواعتُبر العقد بينهما عقدَ بيعٍ مشروطٍ بأن يجدَ المشترى مشترياً آخر منه، ففيه عدّةُ محظورات من النّاحية الشّرعيّة. منها أنّه بيعٌ بشرطٍ مخالف لمقتضى العقد، أو بيعٌ معلّقٌ على شرط.

ولكن هناك طريقان للوصول إلى هذا الغرض: الأوّل: أن يُعيرَ تلك الأشياءَ إلى

www.besturdubooks.wordpress.com

التّاجر، ويجعلَه سمساراً لبيعها إلى المشترين لقاءَ عمولةٍ يدفعُها إلى التّاجر. والثّانى: أن يشتريَ التّاجرُ منه تلك الأشياء بخيار شرطٍ إلى مدّةٍ متّفق عليها. فإن وجد مشترياً، باعها إليه، وينفُذ به البيعُ الأوّل. وإن لم يجد مشترياً خلالَ المدّة، ردّها إلى البائع الأوّل بخيار الشّرط.

٢٣٤- صفقة فى صفقة

ومن قبيلِ زيادة الشّرط فى البيع ما يُسمّى "صفقة فى صفقة" وهو أن يُشترط فى العقد عقدٌ آخر، مثلَ أن يقول البائع: "بعتُك دارى بكذا على أن تبيعَنى سيّارتَك بكذا" وقد اتّفق العلماءُ على كونه ممنوعاً شرعاً. والأصلُ فى ذلك ما رُوي عن عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه قال:

"نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن صفقتين فى صفقة واحدة"

أخرجه أحمد والبزّار[1] من طريق شريك، عن سماك، عن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود، عنه. وقال الهيثميّ: "رجال أحمد ثقات" ولكن فى إسناده شريك النخعيّ، تكلّم المحدثّون فى حفظه، وله أوهامٌ معروفة. وأخرجه الطّبرانىّ والبزّار وابنُ خزيمة وابنُ حِبّان[2] موقوفاً عن عبدالرحمن عن أبيه أنه قال: "لايصلُح صفقتان فى صفقة." وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "رواه البزّارفى مسنده عن

---

(١) مسند أحمد٦: ٣٢٤ حديث ٣٧٨٣ ومسند البزّار ٥: ٣٨٤ حديث ٢٠١٧

(٢) المعجم الكبير للطبرانى ٩: ٣٧٤ حديث ٩٦٠٩ وصحيح ابن خزيمة ١: ٩٠ حديث ١٧٦ وصحيح ابن حبان ٢: ١٩٥ حديث ١٠٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

أسودبن عامر، وأعلّ بعضَ طُرقه ورجّح وقفه، وبالوقف رواه أبونعيم وأبوعبيد القاسم بن سلاّم."[١]

وهناك حديثٌ آخر أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين فى بيعة. أخرجه الترمذىّ والنّسائيّ عن أبى هريرة رضى الله عنه[٢]. وقال الترمذيّ: "حديث حسن صحيح". ورواه مالك بلاغاً. وغلّط ابنُ الهمام رحمه الله تعالى مَن زعم أنّ الحديثين بمعنى واحد، وقال:"هذا (يعنى حديث بيعتين فى بيعة) أخصُّ منه، فإنّه فى خصوصٍ من الصّفْقات وهوالبيع." بخلاف حديث الصّفقتين فإنّه عامّ لكلّ صفقة، سواءٌ كان بيعاً، أوإجارةً ونحوها."

ثمّ إنّ كُلاً من الحديثين فُسّر بتفسيرين: ففسّرسماك الحديثَ الأوّل بقوله: "الرّجل يبيع البيعَ فيقول: هو بنَسَإ بكذا وكذا، وهو بنقدٍ بكذا وكذا"[٣] وكذلك فسّره أبوعبيد القاسم بن سلاّم بقوله: "بأن يقول الرّجل للرّجل: أبيعك هذا نقداً بكذا، ونسيئةً بكذا، ويفترقان عليه."[٤]

والتّفسير الآخر للحديثين هو ماذكرنا من أن يُشترط عقدٌ بعقدٍ آخر. وهوالّذى اختاره صاحب الهداية، ورجّحه ابن الهمام رحمهما الله تعالى، كمافى فتح القدير.

---

(١) فتح القدير٦: ٨١

(٢) سنن النسائي، كتاب البيوع، باب ٧٣ حديث ٤٦٣٦ وجامع الترمذى، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٢٣١

(٣) مسند أحمد٦: ٣٢٥

(٤) فتح القدير٦: ٨١

www.besturdubooks.wordpress.com



وأمّاالحديثُ الثّاني، فقال فيه الإمام الترمذيّ رحمه الله تعالى بعد إخراجه:

"قال الشافعيّ: ومِن معنى ما نهى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن بَيْعتين في بَيعة أن يقول: أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعَني غلامَك بكذا، فإذا وجب لي غلامك، وجبت لك داري. وهذا يُفارقُ عن بيعٍ بغير ثمنٍ معلوم، ولايدري كلٌّ واحدٍ منهما على ما وقعت عليه صفقته."

وعلى أساس هذا الحديث ذهب جمهور العلماء إلى أنّ اشتراط صفقةٍ في صفقة أخرى لايجوز. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "وهكذا كلُّ مافي معنى هذا، مثل أن يقول: بعتُك داري هذه على أن أبيعَك داريَ الأخرى بكذا، أوعلى أن تبيعَني دارَك، أو على أن أؤجرَك، أوعلى أن تؤجرني كذا، أو على أن تُزوّجني ابنتَك، أو على أن أزوّجك ابنتي، أو نحوَ هذا، فهذا كلُّه لايصحّ. قال ابنُ مسعود: الصّفقتان في صفقةٍ رباً.[1] وهذا قول أبي حنيفة والشافعيّ وجمهور العلماء."[2]

أمّا الإمام مالك رحمه الله تعالى، فقد فرّق بين عقودٍ مختلفة، فمنعَ اجتماعَ بعض العقود في صفقةٍ واحدة، وأجاز ذلك في بعض العقود.

فمثلاً، جوّز الإمام مالك رحمه الله تعالى اجتماعَ الإجارة والبيع في صَفقة واحدة. قال الخَرشيّ:

---

(١) مصنف عبدالرزاق ٨: ١٣٩ كتاب البيوع، حديث ١٤٦٣٦والمعجم الكبيرللطبراني ٩: ٣٧٤ حديث ٩٦٠٩ وصحيح ابن خزيمة، كتاب الوضوء،١: ٩٠ حديث ١٧٦ وترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الوضوء ٢: ١٩٥ حديث ١٠٥٠ وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com

"لايجوز اجتماعُ بيع الأعيان مع الجُعل فى صفقةٍ واحدة للعلّة المذكورة، (أى لتنافرالأحكام بين البيع والجعالة) بخلاف اجتماع الإجارة مع البيع فى صَفْقة واحدة، فيجوز، سواءٌ كانت الإجارة فى نفس المبيع، كما لو باع جلوداً على أن يخرزها البائعُ للمشترى نِعالاً، أوكانت الإجارةُ فى غير المبيع، كما لوباع له ثوباً بدراهمَ معلومةٍ على أن ينسج له ثوباً آخر، وما أشبه ذلك على المشهور."[1]

وقدصرّح الإمام مالك رحمه الله تعالى فى مسائلَ كثيرةٍ من المدوّنة أنّ الجمعَ بين البيع والإجارة فى صفقةٍ واحدةٍ جائزٌ عنده.[2] فكأنّه رحمه الله تعالى حَصَر منع الصّفقتين فى الصفقة فى عقودٍ خاصّة جمَعها بعضُهم فى بيتين:

نكاحٌ، شركةٌ، صَرفٌ، وقرضٌ   مُساقاةٌ، قِراضٌ، بيعٌ، جُعلُ

فجَمْعُ اثنين منها: الحَظْر فيه   فكُنْ فَطِناً، فإنّ الحفظَ سهلُ[3]

والظّاهر أنّ ما سوى هذه العقود يجوز جمعُها عنده فى صفقة واحدة.

وقد بيّن الإمام القرافيّ رحمه الله تعالى الأساسَ الّذى بنى عليها الإمام مالك رحمهماالله تعالى الفرقَ بين العقودالمختلفة، فقال:

"اعلم أنّ الفقهاءَ جمعوا أسماءَ العقود الّتى لا يجوزُ اجتماعُها مع البيع فى قولك: "جص مشنق"، فالجيمُ للجعالة، والصّادُ للصّرف، والميمُ للمساقاة،

---

(١) الخرشى على مختصرخليل، كتاب الإجارة٧: ٤

(٢) المدوّنة الكبري، أول كتاب الجعل والإجارة ٣: ٤١٥

(٣) الدسوقى على شرح مختصرخليل، باب المساقاة ٣: ٥٤٩

www.besturdubooks.wordpress.com

والشّين للشّركة، والنّون للنّكاح، والقافُ للقِراض. والسّرُّ في الفرق أنّ العقودَ أسبابٌ لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبّباتها بطريق المناسَبة، والشّيءُ الواحد بالاعتبار الواحد لا يُناسب المتضادّين، فكلُّ عقدين بينهما تضادٌ لا يجمعُهما عقدٌ واحد. فلذلك اختصّت العقودُ الّتي يجوز اجتماعُها مع البيع كالإجارة، بخلاف الجعالة، لِلُزوم الجهالة في عمل الجعالة، وذلك يُنافي البيع؛ والإجارةُ مبنيّة على نفيِ الغرر والجهالة له، وذلك موفقٌ للبيع. ولا يجتمع النّكاحُ والبيعُ لتضادّهما في المكايسة في العوض والمعوّض بالمسامحة في النّكاح، والمشاحّة في البيع، فحصل التّضادَ. والصَّرفُ مبنيّ على التّشديد[1] وامتناعِ الخيار والتّأخير، وأمورٍ كثيرة لا تُشترط في البيع، فضادّ البيعُ الصَّرفَ. والمساقاةُ والقِراض فيهما الغرر والجهالة كالجعالة، وذلك مضادٌ للبيع. والشّركةُ فيها صَرْف أحدِ النّقدين بالآخر من غير قبضٍ، فهو صَرفٌ غيرُ ناجز، وفي الشّركة مخالفةُ الأصول، والبيعُ على وفق الأصول، فهما متضادّان. وما لا تضادَّ فيه يجوز جمعُه مع

(١) وربما يُشكل عليه أنّه أجاز الصّرف مع البيع في جزئية ذكرها ابن قدامة رحمه الله تعالى، وهي: إذا باع شيئا بدنانير بشرط أن يصرفها المشترى دراهم بسعر معلوم، فإنّه غير جائز عند الجمهور، وجائز عنده. قال ابن قدامة في تعليل قول الجمهور: "لأنه شرط في العقد أن يُصارفه بالثمن الذى وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع، فيكون بيعتان في بيعة...وجوّزه مالك، وقال لاألتفت إلى اللّفظ الفاسد إذاكان معلوماً حلالاً، فكأنه باع السلعة بالدراهم التى ذكرأنه يأ خذها بالدنانير." (المغنى ٤: ٢٩٠) والجواب أنه لم يُجز البيع والصرف في صفقة واحدة، وإنما نظر إلى هذه الجزئيّة بخصوصها إلى مآل العقد دون صورته، حيثُ يجب على المشترى أن يُعطيه الدراهم ثمنا للمبيع، فكأنه عقد البيع بالدراهم، وليس بالدنانير. فالصرفُ الظّاهر صورةً لايُعتبر، ولهذا قال: "لاألتفت إلى اللفظ الفاسد" ومعناه أنه لو اعتبراللّفظ، لحَكَم بعدم جوازه لكونه بيعا وصرفا في صفقة واحدة. هذا ما ظهر لي، والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com

البيع. فهذا وجه الفرق."[١]

فظهر أنّ العلّةَ فى منع الصَفقتين فى صفقة عند مالك رحمه الله تعالى ليس الجمعَ بين العقود فى حدّ ذاته، وإنمّا هو الجمعُ بين المتضادَّين، فلو لم يكن هناك تضادٌّ بينهما جاز اجتماعُهما فى صفقة واحدة. وأمّا الجمهور الّذين يمنعون الجمْعَ بين الصَّفقتين فى سائر العقود، فالظّاهرُ أنّ علّة المنع عندهم البيعُ بشرطٍ يُخالف مقتضى العقد، وقد مرّ أنّ بعضَ الفقهاء علّلوه بأنّه يستلزم الرّبا، وبعضُهم علّلوه بإفضاءه إلى النّزاع، وقد سبق أنّ التعليلَ الثّانى هو الرّاجح. وربّما يتأيّد التعليلُ الأوّل بقول عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه: "الصّفقتان فى صفقة رباً."[٢] ولكن يمكن حملُه على كونه عقداً فاسداً، لأنّ لفظ "الرّبا" كان كثيراً مّا يُطلق فى عهد السّلف على كلّ عقدٍ ممنوعٍ شرعاً. قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى: "ويُطلق الرّبا على كلّ بيعٍ محرّم."[٣] بل قد أُطلق هذا اللّفظُ على كلّ عمل محرّم، كما فى قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:

"إنّ من أربى الرّبا الاستطالةُ فى عِرض المسلم بغير حقّ." أخرجه أبوداود[٤]

ووجب حملُ قول ابن مسعود رضى الله عنه على ذلك، لأنّه لايصدُق عليه المعنى المصطلح للرّبا كما أسلفنا فى مبحث البيع بالشّرط، بل عدمُ صدقِه على الصَّفقتين

---

(١) الفروق للقرافيّ رحمه الله تعالى، الفرق ١٥٦ بين قاعدة ما يجوز اجتماعه مع البيع إلخ: ٣: ١٤٢

(٢) مصنف عبدالرزاق ٨: ١٣٩ كتاب البيوع، حديث ١٤٦٣٦والمعجم الكبيرللطبراني ٩: ٣٧٤ حديث ٩٦٠٩ وصحيح ابن خزيمة، كتاب الوضوء،١: ٩٠ حديث ١٧٦ وترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الوضوء ٢: ١٩٥ حديث ١٠٥٠

(٣) فتح البارى،كتاب البيوع، باب قول الله عزوجل: ياأيهاالذين آمنوا لاتأكلوا الربوا أضعافا مضاعفة، ٤: ٣١٣

(٤) سنن أبى داود، كتاب الأدب، حديث ٤٨٧٦

www.besturdubooks.wordpress.com



فى الصّفقة بالطّريق الأولى، لأنّه إذا اجتمعت الصّفقتان، فالّذى يحصُل عموماً أنّ كلّ واحدٍ منهما له عوضٌ مستقلٌّ معلوم، فلا يتأتّى فيه معنى الزّيادة بغير عوض. فالظّاهر أنّه أراد به عقداً ممنوعاً، وليس رباً بالمعنى المصطلح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وبما أنّ الصّفقتين فى صفقةٍ نوعٌ من البيع بشرطٍ زائد، فإنّه يجوز عند الحنفيّة إذا جرى به العُرف، لأنّ الشّرط فى البيع إن كان معروفاً فإنّه يجوز عندهم. وأجاز الفقهاء الحنفيّة بيعَ النّعل بشرط أن يحذُوَه البائع، قالوا: إنّه لايجوزُ فى القياس لكونه بيعاً بشرط الإجارة، ولكن جازاستحساناً لمكان العرف. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وإذا اشترى نعلاً بدرهم، وشراكاً معها على أن يحذُوها البائع، فهو جائزٌ استحساناً لكونه متعارَفاً بين النّاس، وإذا كان أصلُ العقد يجوز للعرف، فالشّرط في العقد إذا كان متعارَفاً للجواز أولى. وإن اشترى ثوباً على أن يخيطه البائعُ بعشرةٍ فهو فاسد، لأنّه بيعٌ شُرِط فيه إجارة، فإنّه إن كان بعضُ البدل بمقابلة الخِياطة، فهي إجارةٌ مشروطةٌ فى بيع، وإن لم يكن بمقابلتها شيءٌ من البدل، فهي إعانةٌ مشروطةٌ في البيع، وذلك مفسدٌ للعقد. وهذا ومسألة النّعل في القياس سواء، غير أنّ هناك استحساناً للعرف، ولا عُرفَ هُنا، فيؤخذ به بالقياس."(١)

فتبيّن أنّه إذا جرى العُرفُ بالجمع بين الصّفقتين، فإنّه يجوز. وعلى هذا تفرّعت عدّةُ جزئياتٍ فى كتب الفقه، ومنها ما جاء فى المحيط البرهانيّ:

---

(١) المبسوط للسرخسي – كتاب الإجارة (١٥ / ١٠٢)

www.besturdubooks.wordpress.com

"إذا دفع الرّجلُ جلداً إلى الإسكاف، واستأجره بأجرٍ مسمّىً على أن يخْرِز له خُفّين، وسمّى له المقدارَ والصّفة على أن ينعل الإسكاف، ويبطّنه من عنده، ووصف له البطانةَ والنّعل، فهو جائزٌ استحساناً. والقياسُ أن لا يجوز. ووجهُ القياس في ذلك أنّ هذا إجارةٌ شُرط فيها شراء، فتفسُد، كما لو استأجر داراً، وشرط فيها شراءً، ولأنّه صار مشترياً ما ليس عنده لا على وجه السّلم، وشراءُ ما ليس عند الإنسان لا يجوزُ إلاّ سَلماً، وكان بمنْزلة ما لو دفع ثوباً إلى خيّاطٍ ليخيط له جُبّةً على أن يحشُوه ويُبطنه من عنده بأجرٍ مسمّى، فإنّه لا يجوز لما ذكرنا، فكذلك هذا. ذكر محمّد رحمه الله مسألة الجبّة في الأصل على هذا الوجه، إلاّ أنّه تُرك هذا القياس في باب الخُفّ للتّعامل، ولا تعاملَ في فصل الخيّاط،[1] فيُردّ فصلُ الخيّاط إلى ما يقتضيه القياس."[2]

وكذلك إن سلّم رجلٌ غزْلاً إلى حائكٍ لينسِجه، وأمره أن يَزيد في الغزل رطلاً من غزله، فقد أجازه الفقهاء، سواءٌ أكان الغزلُ الزّائد قرضاً، أم بيعاً، مع أنّه إجارةٌ مشروطٌ فيها القرضُ أو البيع، ولكنّه جوّز استحساناً، وقالوا: "فإذا كان كلا الأمرين متعارفاً فيما بين النّاس، تُرك القياس فيهما، وخُصّ به الأثر."[3]

٢٣٥- الصّور المتعارفة للجمع بين صفقات

وممّا تعورف في عصرنا أنّ النّاس يلتزمون تقديمَ مجموعةٍ من الخدمات في صفقة

---

(١) والظاهر أن التعامل اليوم على جوازه في الجبّة أيضا، والله سبحانه أعلم.

(٢) المحيط البرهاني ،كتاب الإجارة، الفصل ٣٣(١٢:١٠٥)

(٣) المحيط البرهاني، كتاب الإجارة، فصل ٣٣(١٢: ١٠١)

www.besturdubooks.wordpress.com

واحدة، بعضُها ترجع إلى الإجارات، وبعضُها ترجع إلى البيوع، فوُكلاء السّفر يُقدّمون خدماتِ الحجّ والعمرة مثلاً، فيلتزمون جميعَ حاجات المسافر في صفقة واحدة، بما فيها الحصولُ على التّأشيرة، وإكمالُ الإجراءات القانونيّة، وتذاكرُ عدّةٍ من الأسفار الجويّة والبرّيّة، والإقامةُ في فنادق، أو في الخيام في مواضع متعددة، وثلاثُ وجْباتٍ للأكل يوميّا، مع جهالة نوعِها ومقدارِها، ويتقاضَون لهذه المجموعة أجراً مقطوعاً. فهذه مجموعةُ عدّة عقودٍ بعضُها إجارات، وبعضُها بيوع، وكلٌّ واحدٍ منها مشروطٌ بالعقود الأخرى.

وكذلك أجرُ الإقامة في بعض الفنادق تشْمُل الفطور، أو الوجباتِ الثّلاثة مع الجهالة في نوعها وقدْرِها. فظاهرُ القياس أن لايجوز، لأنّه اشتراطُ صفقاتٍ في صفقة واحدة، مع الجهالةِ فيما هو مبيع، ولكن جرى به التّعاملُ من غيرنكير، والجهالةُ غيرُ مُفضيةٍ إلى النّزاع، فصار هذا المجموعُ جائزاً.

٢٣٦- البيع بالوفاء

ومن قبيل الشّرط الزائد في البيع ما يُسمّى "البيع بالوفاء". وهو على ما عرّفه الحصكفيّ في الدّرالمختار: "أن يبيعه العينَ بألفٍ على أنّه إذا ردّ عليه الثّمنَ ردّ عليه العين." وعرّفه ابنُ نُجيم بقوله: " أن يقول البائعُ للمشتري: بعتُ منك هذا العينَ بدَينٍ لك عليّ، على أنّي متى قضيتُ الدّينَ فهو لي، أو يقولَ البائع: بعتُك هذا بكذا على أنّي متى دفعتُ لك الثّمن، تدفعُ العينَ إليّ."[1] ووجهُ تسميته بالوفاء أنّ فيه

(١) البحر الرائق ٦: ١١

www.besturdubooks.wordpress.com

عهداً بالوفاء من المشترى بأن يرُدّ المبيعَ على البائع حين يرُدّ الثّمن. وبعضُ الفقهاء يُسمّيه "البيع الجائز"، ولعلّه مبنيٌّ على القول بجواز البيع كما سيأتى، وبعضُهم يُسمّيه "بيع المعاملة". وسمّاه الشّافعيّة "الرّهنَ المعاد"،[١] والمالكيّة "بيع الثّنايا".[٢]

واختلف الفقهاءُ فى حكمه اختلافاً شديداً، فذكروا فيه أقوالاً كثيرةً من أهمّها ما يأتى:

الأوّل: أنّه رهنٌ حقيقةً، وذُكر فى جامع الفصولين عن فتاوى النّسفيّ قال:

"البيع الّذى تعارفه أهلُ زماننا احتيالاً للرّبا، وسمّوه بيعَ الوفاء هو رهنٌ فى الحقيقة، لايملِكُه ولاينتفع به إلاّ بإذن مالكه، وهو ضامنٌ لما أكل من ثمره، أو أتلف من شجره، ويسقُط الدَّينُ بهلاكه لوبقي، ولايضمَن الزّيادة، وللبائع استردادُه إذا قضى دينَه، لافرقَ بينه وبين الرّهن فى حكمٍ من الأحكام."[٣]

وبه جزم الإمام أبوالحسن الماتريديّ وكثيرٌ من الفقهاء. وبهذا صدر قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ. وهذا نصّه:

"وحقيقتُه: "بيع المال بشرط أنّ البائعَ متى ردّ الثّمَنَ يَرُدّ المشترى إليه المبيعَ". قرّر:

١- إنّ حقيقة هذا البيع "قرضٌ جرّ نفعًا" فهو تحايُلٌ على الرّبا، وبعدم صحّته قال جُمهورُ العلماء.

---

(١) الدرالمختار مع ردّالمحتار ١٥: ٥٧٩

(٢) تحرير الكلام فى مسائل الالتزام للحطاب ص٢٣٣

(٣) جامع الفصولين، الفصل الثامن عشر ١: ١٦٩

www.besturdubooks.wordpress.com



٢- يَرَى المجمعُ أنّ هذا العقد غيرُ جائز شرعًا."[١]

الثّاني: أنّه بيعٌ صحيحٌ بشرطه للعُرف، وهو الّذى اختاره الزّيلعيّ رحمه الله تعالى، فقال: "الفتوى على أنّه بيعٌ جائزٌ مفيدٌ لبعض أحكامه، من حلّ الانتفاع به، إلاّ أنّه لا يملك بيعَه للغير. وذكر الحصكفيّ عن النّهاية أنّ عليه الفتوى. وذكر ابنُ عابدين عن النّهر: "والعملُ فى ديارنا على ما رجّحه الزّيلعيّ"."[٢] ولعلّ هذا القولَ مبنيٌّ على جواز الشّرط المتعارَف فى البيع.

الثّالث: ما سمّوه "القول الجامع": وهو أنّه فاسدٌ فى حقّ بعض الأحكام، حتّى مَلَك كلٌّ منهما الفسخ، صحيحٌ فى حقّ بعض الأحكام، كحِلّ الأنزالِ ومنافع المبيع، ورهنٌ فى حقّ البعض، حتّى لم يملك المشترى بيعَه من آخر، ولا رهنَه، وسقط الدّينُ بهلاكه. فهو مركّبٌ من العقود الثّلاثة، كالزّرافة فيها صفةُ البعير، والبقر، والنّمِر، جُوّز لحاجة النّاس إليه، بشرط سلامة البدلين لصاحبهما. قال فى البحر: " وينبغى أن لايُعدل فى الإفتاء عن القول الجامع."[٣] وهوالّذى اختاره أصحابُ مجلّة الأحكام العدليّة فى مادة ١١٨ حيث قالوا:

"بيعُ الوفاء هو البيعُ بشرط أنّ البائعَ متى ردّ الثّمن يردّ المشترى إليه المبيع، وهو فى حكم البيع الجائز بالنّظر إلى انتفاع المشترى به، وفى حكم البيع الفاسد بالنّظر إلى كون كلّ من الطّرفين مقتدِراً على الفسخ، وفى حكم الرّهن بالنّظر

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٦ بشأن بيع الوفاء

(٢) ردالمحتار، باب الصرف ١٥: ٥٨١

(٣) البحر الرائق ٦: ١٣ باب خيار الشرط

www.besturdubooks.wordpress.com

إلى أنَّ المشتريَ لايقدر على بيعه إلى الغير."

وعلى هذا الأساس فرّعت المجلّةُ عدّةَ أحكامٍ جزئيّة لبيع الوفاء في الموادّ ٣٩٦ إلى ٤٠٣

القول الثّالث: أنّ شرطَ الوفاء إن كان في صُلب العقد، فإنّه يُفسِد البيع، ويصيرُ رهناً تجرى عليه جميعُ أحكام الرّهن، من أنّه يحرُم على المشترى أن ينتفع به، لأنّه مرتهِنٌ في الحقيقة. أمّا إذا كان صُلبُ العقد خالياً من شرط الوفاء، ثمّ وعدَ المشترى بأنّ البائعَ كلّما جاء بالثّمن، فإنّه يبيعُ إليه المبيعَ ببيعٍ جديد، فهو بيعٌ جائزٌ يُحِلّ للمشترى الانتفاعَ بالمبيع، ويكونُ الوعدُ مُلزِماً للمشترى. قال القاضى خان رحمه الله تعالى:

"وإن ذُكر البيعُ من غير شرطٍ، ثم ذُكر الشّرطُ على وجه المواعدة جاز البيع، ويلزمه الوفاءُ بالوعد، لأنَّ المواعدةَ قد تكونُ لازمةً، فتُجعلُ لازمةً لحاجة النّاس."[١]

قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى بعد نقل هذا القول: "وهو الصّحيح، كما في الكافي والخانيّة، وأقرّه خسرو هُنا، والمصنّفُ في باب الإكراه، وابنُ الملك في باب الإقالة."وهذا ما اختاره بعضُ مشايخنا في شبه القارة الهنديّة للفتوى.[٢]

وهذا القول مبنيٌّ على قول الصّاحبين بأنَّ الشّرط بعد العقد لايلتحق بأصل العقد.

---

(١) فتاوى قاضى خان بهامش الهندية ٢: ١٦٥ فصل في الشروط المفسدة للبيع

(٢) راجع إمدادالفتاوى ٣: ١٠٨ و٣: ١٠٩ مسألة ١٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com



وذكر ابنُ عابدين رحمه الله تعالى أنّ الشّرط الفاسدَ لو التحق بعد العقد، ففى التحاقِه بالعقد روايتان عن أبى حنيفة، والصّحيحُ أنّه يلتحق عنده لاعندهما، ورجّح المشايخُ قول الصّاحبين.(١)

وكذلك المالكيّةُ صرّحوا بمثل ذلك فى بيع الوفاء الّذى يُسمّونه "بيع الثُّنيا" أو "الثّنايا"، فإنّه لايجوزُ عندهم بالشّرط فى صُلب البيع. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى فى المدوّنة:

" ومن ابتاع سلعةً على أنّ البائعَ متى ردّ الثّمن فالسّلعةُ له، لم يجُزْ لأنّه بيعٌ وسلف. قال سُحنون: بل سَلفٌ جرّ منفعة.اهـ"(٢)

ولكن إذا وقع البيع مطلقاً عن هذا الشّرط، ثمّ وعد المشترى البائعَ بأنّه سوف يبيعُه إن جاءه بالثّمن، فإنّ هذا الوعدَ صحيحٌ لازمٌ على البائع، قال الحطّاب رحمه الله:

"قال فى معين الحكّام: ويجوز للمشترى أن يتطوّعَ للبائع بعد العقد بأنّه إن جاء بالثّمن إلى أجل كذا، فالمبيعُ له. ويلزمُ المشتريَ متى جاء بالثّمن فى خلال الأجل، أو عند انقضاءه، أو بعده على القُرب منه، ولا يكونُ للمشترى تفويتٌ(٣) فى خلال الأجل، فإن فعل ببيعٍ أو هبةٍ أو شبه ذلك، نُقِض إن أراده البائع، ورُدّ إليه...وإن لم يضربا لذلك أجلاً، فللبائع أخذُه متى جاءه بالثّمن فى قُرب الزّمان أوبعده، مالم يُفوّته المبتاع. فإن فوّته فلا سبيل له إليه . فإن

(١) راجع ردالمحتار ١٤: ٦٥٥ باب البيع الفاسد

(٢) تحرير الكلام فى مسائل الالتزام للعلامة الحطّاب رحمه الله ص٢٣٣

(٣) التّفويت فى اصطلاح المالكيّة أيّ تصرّف مانع للرّد.

www.besturdubooks.wordpress.com

قام عليه حين أراد التّفويت، فله منعُه بالسُّلطان إذاكان مالُه حاضراً. فإن باعَه بعد منع السّلطان له رُدّ البيع، وإن باعه قبل أن يمنعه السُّلطان نفذ بيعُه"[١]

أمّا إذا كان الوعدُ بالوفاء قبل البيع، ثمّ عقدا البيعَ بغير شرطٍ، فقد اختلفت فيه أقوالُ المتأخّرين من الحنفيّة. فقال ابنُ قاضى سماوة فى جامع الفصولين:

"ولو تواضعا (أى التّلجئة) قبل البيع ،ثمّ تبايعا بلاذكر شرطٍ، جاز البيعُ عند ح رحمه الله، إلاّ إذا تصادقا أنّهما تبايعا على تلك المواضَعة. وكذا لو تواضعا الوفاءَ قبل البيع، ثمّ عقدا بلا شرط الوفاء، فالعقدُ جائزٌ، ولا عبرةَ للمواضعة السّابقة."[٢]

ومعناه أنّ المواضعةَ السّابقة للوفاء لاتلتحق بأصل العقد، فيجوزُ البيع، كما جاز فى المواضعة اللاّحقة.

واعترض عليه ابنُ عابدين رحمه الله تعالى بأنّه ينبغى الفساد لو اتّفقا على بناءِ العقد عليه. وتعقّبه الأتاسيّ رحمه الله تعالى بأنّه بحثٌ مخالفٌ للمنقول.[٣] ولكن يبدو أنّ النّزاعَ لفظيّ، لأنّ صاحبَ جامع الفصولين صرّح بالاستثناء من الجواز ما إذا تصادقا أنهّما تبايعا على تلك المواضعة، ومعناه أنّهما إذا بنيا العقد على المواضعة السّابقة بتصريح أنّه مشروطٌ بتلك المواضعة، تبيّن أنّ الشرطَ فى صُلب العقد، وهو مفسد. والّذى جوّزه فى جامع الفصولين أن تكون المواضعةُ ليس لها ذكرٌ فى العقد، وليس هناك تصادُقٌ بأنّهما

---

(١) تحرير الكلام ص٢٣٩

(٢) جامع الفصولين، فصل ١٨ ج ١ص٢٣٧

(٣) شرح المجلة للأتاسي ٢: ٦١

www.besturdubooks.wordpress.com



بنيا العقدَ عليها. وحينئذٍ لاوجهَ لعدم الجواز. وبجوازه أفتى شيخُ مشايخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى.[1]

وربّما يقع ههنا إشكال، وهو أنّ المواضعةَ إذا وقعت قبلَ العقد، فالظّاهر أنّها ملحوظةٌ عند العقد لدى الفريقين، ولولم يتلفّظا بها صراحةً عند الإيجاب والقبول، وإنهّما لا يبنيان العقدَ المطلق إلاّ على أساس ذلك الوعد السّابق. فلم يبق هناك فرقٌ بين هذا العقد المطلق الّذى سبقته مواضعةٌ من الفريقين، وبين العقد الّذى شُرط فيه العقدُ الآخر صراحةً، وينبغى أن يكون الحكم دائراً على حقيقة المعاملة دون صورتها، وأن تكون المواضعةُ السّابقةُ فى حكم الشّرط فى البيع فى عدم الجواز.

والجواب عن هذا الإشكال على ما ظهر لى- والله سبحانه أعلم- أنّ الفرقَ بين المسألتين ليس فى الصّورة فحسب، بل هناك فرقٌ دقيق فى الحقيقة أيضاً.

وذلك أنّ العقد الواحد إن كان مشروطاً بالعقد الآخر صراحةً، والّذى يُعبّر عنه بالصّفقة فى الصّفقة، لا يكونُ عقداً باتّا، وإنّما يتوقّف على عقدٍ آخر بحيثُ لا يتمّ العقد الأوّلُ إلاّ به، فكان فى جكم العقد المتردّد. فإذا قال البائعُ للمشترى: بعتُك هذه الدّار على أن تؤجرَ الدّارَ الفلانيّة لى بأجرة كذا، فمعناه: أنّ تمامَ البيع موقوفٌ على الإجارة اللاّحقة، ومتى توقّف العقدُ على واقعٍ لاحق، خرج من حيّز كونه باتّا، وصار فى حكم العقد المتردّد، ولو حكَمْنا بمقتضى هذا العقد، وامتنع المشترى من الإجارة، فإنّ ذلك يستلزم أن يثبُت للمشترى خيارُ الفسخ، لأنّه لم يرضَ بالعقد إلاّ بشرط الإجارة اللاّحقة، وعند فوات الشّرط يفوتُ المشروط. و هو الّذى صرّح به الفقهاءُ الّذين

---

(١) إمدادالفتاوى٣: ١٠٨ و٣: ١٠٩ مسألة ١٣٥

www.besturdubooks.wordpress.com

يُجوّزون الشّرطَ فى البيع. فقد ذكر ابنُ قدامة رحمه الله تعالى فى من باع عبداً بشرط أن يُعتقه المشترى، أنّ البيعَ بهذا الشّرط جائزٌ فى مذهب المالكيّة، وهو وجهٌ فى مذهب الحنابلة، وهو ظاهرُ مذهب الشّافعيّة. ثمّ قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى:

" وإن لم يُعتِقْه، ففيه وجهان: أحدُهما يُجبر، لأنّ شرطَ العتق إذا صحّ تعلّقُه بعينه، فيُجبر عليه كما لونذر عتقَه، والثّانى: لايُجبر، لأنّ الشّرطَ لا يوجب فعلَ المشروط، بدليل ما لو شَرَط الرّهنَ والضّمين. فعلى هذا يثبُت للبائع خيارُ الفسخ، لأنّه لم يُسلّم له ما شَرطه له. أشبه مالوشرطَ عليه رهناً."[1]

وكذلك صرّح الحنفيّة فى الشّروط الجائزة أنّها تُعتبر بمعنى أنّ عدمَ الوفاء بها يُثبِت الخيارَ لمن اشترطها. جاء فى الفتاوى الهندية:

"ولوشرط فيه رهناً معيّناً، ثم امتنع من تسليم الرّهن لايُجبر عليه، ولكن يُقال للمشترى: إمّا أن تدفع الرّهنَ أوقيمتَه أوالثّمن، أويُفسخ العقد."[2]

وذكر الكاسانيّ رحمه الله تعالى عدّةَ صُورٍ من الشّروط الجائزة عند الحنفيّة، ومنها ما جرى بها التّعامل، مثلُ الاشتراط على البائع أن يُوفيَ المبيعَ فى منْزله،[3] ومِثلُ اشتراط الرّهن أو الكفيل،ثم قال: "ولوامتنع المشترى من هذه الوجوه، فللبائع أن

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٢٨٦

(٢) الفتاوى الهندية ٣: ١٣٣ كتاب البيوع، باب ١٠

(٣) وقد يُستشكل بأنّ الشّرط الفاسد إن كان يُخرج البيع من كونه باتّاً، ويجعله فى حكم البيع المعلّق، فكيف يجوز البيع بشرط متعارَف، مع أنّه بيعٌ معلّقٌ أيضاً؟ والجواب عنه ما تقدّم فى عبارة ابن عابدين رحمه الله تعالى أنّ علّة الفساد فى مثل هذا البيع هو الجهالة المفضية إلى النّزاع، ومتى ارتفعت الجهالة بالعرف، فقدت علّة المنع، والله سبحانه أعلم.

www.besturdubooks.wordpress.com



يفسُخ البيعَ لفوات الشّرط والغرض."[1]

فتبيّن بهذا أنّ مقتضى الشّرط فى البيع أن يكون تمامُ البيع متوقّفاً على الوفاء بالشّرط، فإن لم يوجد الوفاء، حصل للآخر خيارُ الفسخ.

وهذا بخلاف ما لو ذكرا الشّرط على سبيل الوعد فى أوّل الأمر، ثمّ عقدا البيعَ مطلقاً عن شرط. فإنّ البيعَ ينعقد بيعاً باتّاً من غير أن يتوقّف تمامُه على شيئ، فلا يتوقّف تمامُه على الوفاء بالشّرط. فلو امتنع المشترى من الوفاء بعد ذلك، فإنّه لا يؤثّر على هذا البيع الباتّ شيئاً، فيبقى البيعُ تامّاً على حاله، ولايثبتُ خيارُ الفسخ للبائع. وغايةُ الأمر: أن يُجبرَ المشترى على الوفاء بوعده على القول بلزوم الوعد. وهذا شيئٌ لا أثرَ له على البيع الباتّ الّذى حصل بدون أىّ شرط، فإنّه يبقى تامّاً، ولايحِقّ للمشترى أن يفسُخ البيع، ولولم يفِ المشترى بوعده.

وبهذا تبيّن أنّ البيع إذا اشتُرط فيه العقدُ الآخر، يبقى متردّداً بين التّمام والفسخ، بخلاف البيع المطلق الّذى سبقه الوعد بالشيئ، فإنّه لا تردُّدَ فى تمام البيع، فإنّه يتمّ فى كلّ حال. فلايصحّ أن يقال إنّ الأمرَ سواءٌ فى الحالتين.

ولكن لابدّ من التنبّه بأنّ الحكمَ بجواز البيع فى هذه الصّورة تصحيحٌ له بجميع لوازمه، ومنه أنّ المبيعَ مضمونٌ على المشترى. فإن هلك المبيعُ فى يد المشترى، فإنّه يهلك من ماله، ولا يسقُط به شيئٌ من الثّمن. وبهذا يُفارق هذا البيعُ الرّهن.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٨٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٣٧- بيع الاستغلال

ثمّ إنّ الّذى باع المبيعَ وفاءً، قد يستأجرُه من المشترى، ويُسمّى "بيعَ الاستغلال"[١].

وحكمُه يتفرّع على الخلاف فى حُكم بيع الوفاء. فمَن جعله بيعاً فاسداً، أورهناً، لم يُجِز إجارتَه من البائع. أمّا مَن أجاز بيعَ الوفاء، فقد أجاز إجارتَه من البائع أيضاً. جاء فى الفتاوى البزّازيّة:

"فإن آجر المبيعَ وفاءً من البائع، فمن جعله فاسداً قال: لاتصحُّ الإجارة، ولايجب شيئ...ومَن جعله رهناً كذلك، لم يلزم البائعَ الأجرُ... ومن أجازه جوّز الإجارةَ من البائع وغيرِه، وأوجب الأجر."[٢]

والظّاهرُ من هذا الكلام أنّ الّذين لم يُجيزوه عند اشتراط الوفاء فى صُلب العقد، وأجازوا وعدَ الوفاء قبل العقد أو بعده، فإنّ مقتضى قولهم فى صورة الجواز أن تجوز الإجارةُ إلى البائع أيضاً. ولكن يجب لذلك أن يقبض المشترى أوّلاً على المبيع، ثمّ يعقد الإجارة من البائع، فإن آجر قبل القبض، لايجوز. قال ابن عابدين رحمه الله تعالى:

"وإن آجره من البائع قبل القبض، أجاب صاحبُ الهداية أنّه لايصحّ، واستدلّ بمالوآجر عبداً اشتراه قبل قبضه، أنّه لاتجب الأجرة. وهذا فى البات، فماظنّك بالجائز؟ اهـ فعُلم به أنّ الإجارةَ قبل التّقابض لاتصحّ على

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار ١: ٥٨٧ ومجلة الأحكام العدليّة، مادة ١١٩ وراجع شرحه للأتاسيّ ٢: ١١ إلى ٢: ١٤

(٢) الفتاوى البزازية بهامش الهندية ٤: ٤١٢ و ٤١٣ وقدنقله ابن عابدين فى ردالمحتار ١٥: ٥٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com



قولٍ من الأقوال الثَّلاثة."[1]

ولاشكَّ أنّ الحكمَ بصحّة الإجارة إنّما يصحّ على المذهب المفتى به للحنفيّة إذا لم يكن البيعُ مشروطاً بها فى صُلب العقد. وكذلك الحكمُ بصحّة الإجارة يستلزم أن تكونَ العينُ المؤجَرةُ فى ضمان المؤجر طوالَ مدّة الإجارة. فإن هلكت بغير تعدٍّ من المستأجر، فإنّها تهلك من مال المؤجر.

٢٣٨ – البيع الإيجاريّ (Hire- Purchase)

وممّا اعترفت به القوانينُ الوضعيّة نوعٌ من البيع يُسمّى البيع الإيجاريّ (Hire- Purchase)

وحقيقتُه أنّ مالكَ العين يؤجرها إلى آخر بشرط أنّ المستأجر إذا وفّى بجميع أقساط الأجرة فى مدّةٍ معلومة، فإنّه يستحقّ تملّكها دون دفع أيّ ثمنٍ يُعتدّ به. واختلفت عباراتُ الحقوقيّين فى تعريفه اختلافاً كثيرا، ولكنّ الّذى جرى به العُرف القانونيّ يتلخّص فى صورتين:

الصّورة الأولى: ماعرّفها الأستاذ السّنهوريّ رحمه الله تعالى بقوله: "يَصف المتعاقدان العقدَ بأنه إيجار، ويصفان أقساطَ الثّمن بأنّها هى الأجرةُ مقسَّطة، ثم يتّفقان على أنّه إذاوفّى المشترى بهذه الأقساط انقلب الإيجارُ بيعاً، وانتقلت ملكيّةُ

(١) ردالمحتار ١٥: ٥٨٦ وقال محقق الكتاب: "لم نعثر على النقل فى الهداية، ولعلّ صاحب الهداية ذكره فى غيرها من مؤلفاته."

www.besturdubooks.wordpress.com

المبيع باتّةً إلى المشترى."[١]

والصّورةُ الثّانيةُ ماعُرّف فى القانون الإنكليزيّ بأنّه "إجارةُ عينٍ مع الاتّفاق بين الطّرفين على أنّ إجماليّ الأجرةِ المدفوعة إلى مدّةٍ معيّنة إن بلغت قيمةَ الشّراء المتّفق عليها فى العقد، فإنّ المستأجِرَ يكون بالخيار بين أن يفسُخ الإجارةَ ويردُّ العين، وبين أن يشتريَها من المؤجر إمّا مقابلَ مادفعه من الأجرة، أو بدفع مبلغٍ متّفق عليه."[٢]

أمّا الصّورة الأولى، فهي ظاهرةُ البطلان شرعاً، لأنّ العقدَ صار متردّداً بين البيع والإجارة، فهو إجارةٌ إلى مدّة معلومة، ويُعتبر نفسُه بيعاً بعد تلك المدّة. ولذا، فقد وقع هناك اختلافٌ شديدٌ فى المحاكم الوضعيّة فى تكييف هذا العقد هل هو بيعٌ أم إجارة؟ أم هو مركّب من العقدين.[٣] وإنّ الشّريعةَ لاتحتمل الجهالة فى المبيع والثمن، فضلاً أن تحتملها فى طبيعة العقد نفسها.

وأمّا الصّورة الثّانية، فإنّ تخييرَ المشترى بالشّراء فى نهاية مدّة الإجارة تكون عادةً بالنّصّ فى عقد البيع، فهو شرطٌ مخالفٌ لمقتضى العقد، فلايجوز من هذا الوجه. والتّعريفُ الّذى ذكرناه عن القانون الإنكليزيّ يُسيغ للعاقدين أن يعتبرا الأجرةَ المدفوعةَ ثمناً لشراء العين، وحينئذٍ يعود نفسُ المحظور الّذى كان فى الصّورة الأولى، حيثُ إنّ دُفعاتِ الأجرة

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنيّ ٤: ١٧٧ و ٤: ١٧٨

(٢) Chitty On Contracts, V2,p461, Para 3212, Sweet & Maxwell, London, 1977

(٣) راجع لتفصيل هذا الاختلاف حاشية الوسيط ٤: ١٧٩

www.besturdubooks.wordpress.com

تنقلب ثمناً للبيع اللاّحق، وينقلب العقدُ كلُّه بيعاً بعد ما عُقد فى البداية إجارةً. وهذا سببٌ ثانٍ لفساد العقد من النّاحية الشّرعيّة.

٢٣٩- التّأجير التّمويليّ

وهناك طريقٌ آخر للبيع الإيجاريّ يُسمّى فى المؤسّسات الماليّة "التّأجير التّمويليّ" (Financing Lease) ويؤجر فيه مؤسسة ماليّة عقاراً أو سيّارةً أو أجهزةً بأن يبقى مِلكُها مع المؤسّسة المؤجرة، وينتفع بها المستأجر خلالَ مدّة الإجارة، وفى نهاية مدّة الإجارة تُدفع العينُ المؤجَرةُ إلى المستأجر إن وفّى جميع أقساط الأجرة. ولأجل هذا الغرض، تُعيَّن الأجرةُ على أساس التّكلفة الّتى تحمّلها المؤجر لشراءها، فيُضيفُ على تلك التّكلفة نسبةً مئويّةً تكون فى العادة مرتبطةً بسعر الفائدة الرّبويّة، فلمّا يستوفى المؤسسة المؤجرةُ تكلفتها مع ربح زائد، فلا شُغل له بالعين المؤجرة، فينقل ملكها إلى المستأجر. ولكنّ المؤجرَ فى مثل هذه الإجارة لايقبل أيَّ خطر أو ضمانٍ للعين المؤجرة، بل الضّمانُ على المستأجر فى جميع الحالات. فلو هلكت العينُ أثناءَ مدّة الإجارة، فإنّه يُلزمُ المستأجرَ أن لايزال يدفع أقساطَ الأجرة فى مواعيدها، ولو وقع الهلاكُ بدون تعدٍّ أو تقصيرٍ منه.

وإنّ هذا الطّريقَ غيرُ مقبولٍ فى الشّريعة الإسلاميّة إطلاقاً، فإنّ المؤجرَ بصفته مالكاً للعين يجب عليه أن يتحمّل ضمان العين، وإنّ يد المستأجريدُ أمانة، فلا يضمن الهلاك إلاّ بتعدّ منه أو تقصير بسوء استخدامه للعين المؤجرة. وكذلك لامعنى لدفع الأجرة بعد هلاك العين وفُقدان المنفعة الّتى كانت مقابلةً للأجرة.

والواقعُ أنّ الإجارةَ التّمويليّة بهذا الشّكل طريقٌ من طُرق الإقراض الرّبويّ. والعادةُ

www.besturdubooks.wordpress.com



فى القروض الربويّة من قِبل المؤسّسات الماليّة أنّها تُطالبُ برهن من المقترض توثيقاً للدّين. ولكن إن تخلّف المقترضُ عن السّداد، احتاجت المؤسّسات إلى تسييل الرّهن، وإنّ ذلك يتطلّب إجراآت قانونيّة. وتفادياً لهذه الإجراآت، اتّخذت هذا الطّريق لئلاّ تكون العينُ عندهم بصفتها مرهونةً، بل تحتفظ بملكيّتها وإمكان بيعها فى السّوق دون اتّخاذ إجراآت قانونيّة لتسييل الرّهن. وكذلك قد يُفيدهم هذا الطّريق لتخفيف الضّرائب فى بعض السّلطات. ولكن صاغوا هذا العقد بأن يحتفظوا بحقّ الملك، ويبتعدوا عن جميع الأخطار والضّمانات الّتى هيَ تتبع الملكَ فى عامّة الأحوال. وأجازتهم السّلطاتُ القانونيّةُ بذلك لأنّهم يعتبرونه تمويلاً ربويّاً فى الأصل، ولا مانعَ عندهم فى ذلك والعياذُ بالله تعالى.

٢٤٠- الإجارة المنتهية بالتّمليك

أمّا إذا آجر المؤجرُ عيناً، ولم يكن البيعُ مشروطاً فى عقد الإجارة، ولكن وعَد المؤجرُ بالبيع وعداً منفصلاً عن العقد، فينبغى الجواز، بشرط أن تجريَ عليه جميعُ أحكام الإجارة طوالَ المدّة، بما فيها أنّ العينَ المؤجرة تبقى فى ملك البائع وضمانِه طوال المدّة، بحيثُ إذا هلكت بدون تعدٍّ أوتقصيرٍ من المستأجر، تهلك من مال المؤجر، وينقطعُ الكراء. وإن هلكت بتقصير من المستأجر، فإنّه يضمن قيمتها يومَ الهلاك، وبشرط أن يُعقدَ البيعُ مستقلاًّ بعد انتهاء مدّة الإجارة، وسُمّيت مثلُ هذه العمليّة فى الكتابات المعاصرة "الإجارة المنتهية بالتّمليك". وقد صدر به قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ، ونصّه:

"الإيجار المنتهي بالتّمليك:

www.besturdubooks.wordpress.com



أولاً: ضابطُ الصّور الجائزة والممنوعة ما يلي:

أ- ضابط المنع: أن يَرِد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عينٍ واحدة، في زمن واحد.

ب- ضابط الجواز:

١- وجود عقدين منفصلين يستقلُّ كلٌّ منهما عن الآخر زماناً بحيث يكون إبرامُ عقد البيع بعد عقد الإجارة ، أو وجودُ وعدٍ بالتّمليك في نهاية مدّة الإجارة ، والخيارُ يوازي الوعدَ في الأحكام.

٢- أن تكون الإجارةُ فعليّةً، وليست ساترةً للبيع.

٣- أن يكون ضمانُ العين المؤجَرة على المالك، لا على المستأجر، وبذلك يتحمّل المؤجرُ ما يلحق العينَ من ضررٍ غير ناشئٍ من تعدّي المستأجر أو تفريطه، ولا يُلزِمِ المستأجرَ بشيء إذا فاتت المنفعة.

٤- إذا اشتمل العقدُ على تأمين العين المؤجَرة، فيجب أن يكون التّأمين تعاونيّاً إسلامياً، لا تجاريّاً، ويتحمّله المالك المؤجر، وليس المستأجر.

٥- يجب أن تُطبَّق على عقد الإجارة المنتهية بالتّمليك أحكامُ الإجارة طوالَ مدّة الإجارة، وأحكامُ البيع عند تملّك العين.

٦- تكون نفقاتُ الصّيانة غير التّشغيليّة على المؤجر، لا على المستأجر طوالَ مدّة الإجارة.

ثانياً- من صور العقد الممنوعة:

www.besturdubooks.wordpress.com

أ- عقدُ إجارةٍ ينتهي بتملّك العين المؤجرة مقابلَ ما دفعه المستأجر من أجرةٍ خلالَ المدّة المحدّدة، دونَ إبرامِ عقد جديد، بحيثُ تنقلب الإجارةُ في نهاية المدّة بيعاً تلقائياً.

ب- إجارةُ عينٍ لشخصٍ بأجرة معلومة، ولمدّةٍ معلومة، مع عقد بيعٍ له معلّقٍ على سداد جميع الأجرة المتّفق عليها خلالَ المدّة المعلومة، أو مضافٍ إلى وقتٍ في المستقبل.

جـ - عقدُ إجارة حقيقيّ، واقترن به بيعٌ بخيار الشّرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجّلاً إلى أجل طويل محدّد (هو آخر مدّة عقد الإيجار).

وهذا ما تضمّنته الفتاوى والقرارات الصّادرة من هيئات علميّة، ومنها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربيّة السّعودية."[١]

٢٤١- الاستثناء في البيع

ومن شروط صحّة عقد البيع أن لايتضمّن استثناءً غير مشروع. والأصل فيه ما أخرجه التّرمذيّ عن جابر رضي الله تعالى عنه:

"أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثُّنيا إلاّ أن تُعلم."

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الثاني عشر:قرار رقم: ١١٠ (١٢/٤) بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير.

www.besturdubooks.wordpress.com



وقال الترمذيّ رحمه الله تعالى: "هذا حديثٌ حسن صحيح."[1] وهذا الحديث أصلٌ فى باب الاستثناء من البيع، ومُفادُه أنّ الاستثناء إن أدّى إلى الجهالة فى المستثنى، أو فى المستثنى منه، فإنّه ممنوع. أمّا إن كان معلوماً، ولايؤدّى إلى جهالة مفسدة فى المستثنى منه، فإنّه جائز.

وعلى هذا الأساس استنبط الحنفيّة مسائلَ الاستثناء فقالوا: إنّ الأصلَ أنّ ماجاز بيعُه انفراداً، جاز استثناؤُه من البيع. فلو باع صُبرةَ حنطة، واستثنى قفيزاً منها، فالبيعُ جائزٌ فى المستثنى منه. وكذا إذا باع صُبرةً، واستثنى جزءً شائعاً منها، ثلثَها أوربُعَها، أونحوذلك، لأنَّ بيع قفيزٍ من صُبرة جائز، وكذلك بيعُ جزءٍ شائع من الصُّبرة، فجاز استثناؤه من الصُّبرة. أمّا لوباع قطيعاً من الغنم، واستثنى شاةً منها بغير عينها، فالبيع فاسد، لأنَّ الغنم ممّا تتفاوت آحادُها، فلايجوز بيعُ شاةٍ غير معيّنة من قطيع، لأنَّ عدم تعيينها يؤدّى إلى الجهالة، فلا يجوز استثناؤُها أيضاً بدون التّعيين. ولكن لواستثنى شاةً منها بعينها فالبيع جائز.

وإن باع حيواناً، واستثنى مافى بطنه من الحمل، أو استثنى شيئاً من أطرافه، فالبيعُ فاسد، لأنّ الحمل والأطرافَ ليست محلاً للبيع بانفرادها، فلا يجوز استثناؤها. و يُفسد مثلُ هذا الاستثناءِ كلَّ عقدٍ يفسد بالشّروط الفاسدة، لأنّ الاستثناء الفاسد بمنزلة الشّرط الفاسد، فيفسُد العقد الّذى يُفسده شرطٌ فاسد، مثل الإجارة والرّهن والكتابة. أمّا العُقود التى لايُفسدها الشّرط الفاسد، مثلُ النّكاح، والخلع، والصّلح عن

(١) جامع الترمذيّ، كتاب البيوع، باب ماجاء فى النهى عن الثنيا، حديث ١٢٩٠

www.besturdubooks.wordpress.com



دم العمد، والهبة، والصّدقة، فمثلُ هذا الاستثناء لايُفسدها، ويبطُل الاستثناء.[1]

ومذهبُ المالكيّة قريبٌ من مذهب الحنفيّة.

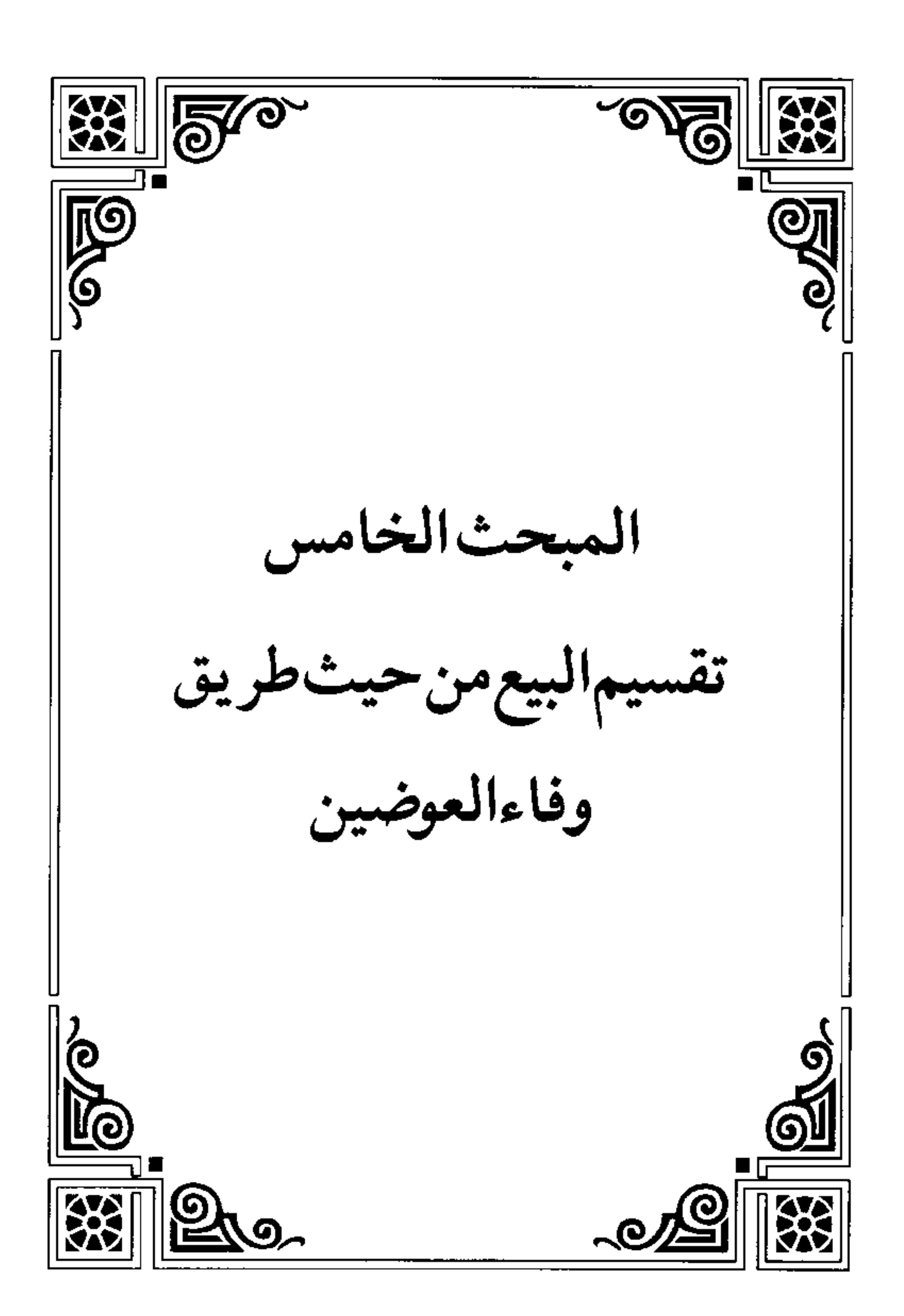
أمّا الشافعيّة والحنابلة، فإنّما يجوّزون الاستثناءَ من الصُّبرة إن كان بنسبةٍ شائعة، مثل الثّلث أو الرّبع. أمّا إذا استثنى قدراً معلوماً، مثل قفيزأو قفيزين، فإنّه لايجوز عندهم، وعلّله ابن قدامة رحمه الله تعالى بأنّ "المبيعَ معلومٌ بالمشاهدة، لابالقدر، والاستثناءُ يغيّر حكمَ المشاهدة، لأنه لايُدرى كم يبقى فى حكم المشاهدة فلم يجُز، ويخالف الجزء (يعنى المشاع) فإنه لايُغيّر حكمَ المشاهدة، ولايمنع المعرفة بها."[2]

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٨٧- ٤: ٣٨٦الشروط الفاسدة

(٢) المغنى لابن قدامة ٤: ٢١٣ باب بيع الأصول والثمار

www.besturdubooks.wordpress.com

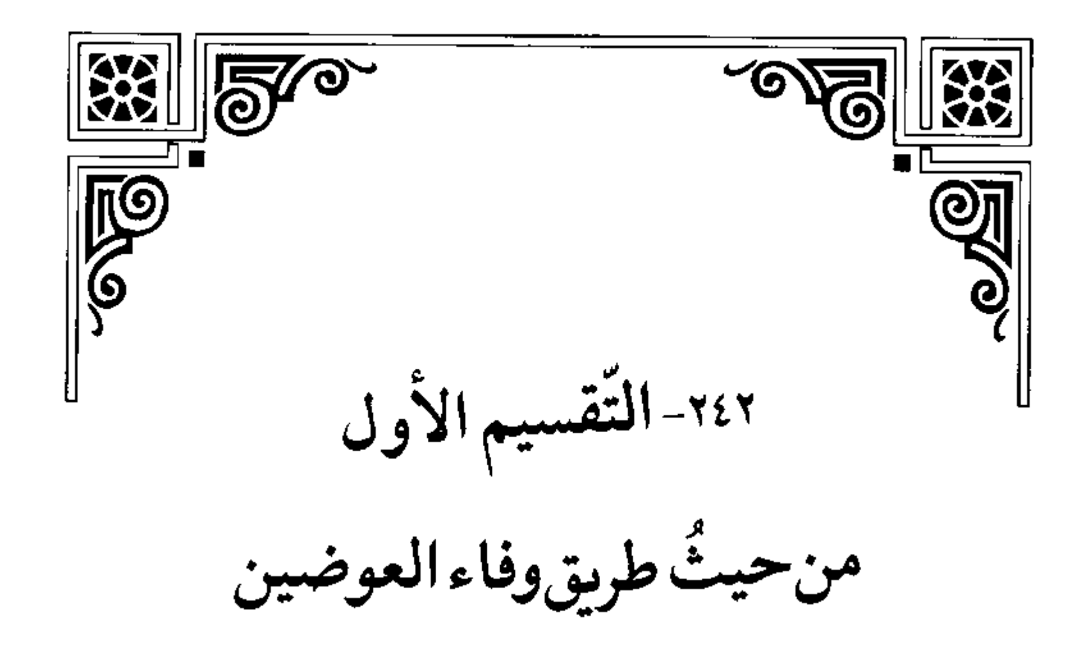


المبحث الخامس

تقسيم البيع من حيث طريق وفاء العوضين

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



٢٤٢- التّقسيم الأوّل

من حيثُ طريق وفاء العوضين

إنّ البيعَ له أقسام كثيرةٌ حسبَ التّقسيمات المختلفة:

أمّا التّقسيم الأوّل، فهو من حيثُ طريقُ وفاءِ العوضين أو أحدِهما، وبهذا الاعتبار ينقسم البيعُ إلى خمسة أقسام:

١- البيع الحالّ، وهو البيعُ الّذى لم يُشترط فيه تأجيلُ أحدٍ من البدلين.

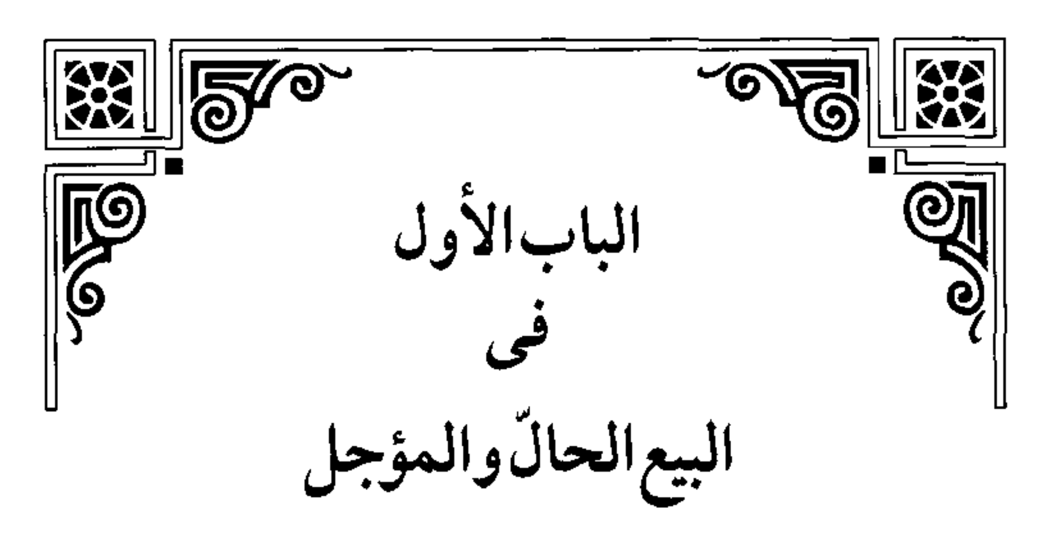
٢- بيعُ الكالئ بالكالئ، وهو الّذى اشتُرط فيه تأجيل البدلين كليهما.

٣- البيع المؤجّل، وهو الّذى اشتُرط فيه تأجيلُ الثّمن، دون المبيع.

٤- السّلم، وهو الّذى اشتُرط فيه تأجيل المبيع، دون الثّمن.

ولْنذكرْ أحكام كلّ واحد من هذه الأقسام، وبالله التّوفيق.

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الأول في البيع الحالّ والمؤجل

٢٤٣- البيع الحالّ

أمّا البيع الحالّ، فحكمُه أنّه متى وقع البيع، استحقَّ المشترى مطالبةَ تسليمِ المبيع، واستحقّ البائعُ مطالبةَ تسليم الثّمن فوراً. وإن أعطى أحدُهما الآخرَ مُهلةً لتسليم ما عليه، فإنّه تطوّعٌ، وليس حقّاً له. ولذلك إن أمهله إلى أجل غير معلوم، مثل ما يقول بعضُ التّجّار لبعض أهل معرفته: "أدّ الثّمن متى شئتَ" فإنّه بيعٌ حالٌّ أمهل فيه البائعُ المشتريَ تطوّعاً. ولذلك يحقّ له أن يُطالبه بالثّمن متى شاء. ولو كان بيعاً مؤجّلاً، لفَسد البيع، لجهالة الأجل، ولكنّه جائز على كونه حالاً.

فإن كان البيعُ حالاً، فمقتضى العقد أن يحقّ تسليمُ المبيع والثّمن فى الحال. ولكن من يجب عليه التّسليم أوّلاً، فيه تفصيل:

فإن كان البيعُ الحالّ مُقايضةً، وهى مبادلةُ العروض بالعروض، أو صَرْفاً، وهو مبادلةُ النّقود بالنّقود، فإنّه يجبُ على العاقدين التّسليمُ معاً، وليس أحدُهما أحقَّ من الآخر. وإنّ هذا الوضعَ من أنّ التّسليمَ يجب عليهما معاً، هو المقرّرُ فى القانون الإنكليزيَ بالنّسبة لجميع أنواع البيوع، سواءٌ أكانت مقايضةً، أو صَرْفاً، أو بيع العروض بالنّقود،

www.besturdubooks.wordpress.com



كما هو مصرّحٌ فى المادّة ٣٢ من قانون بيع المال (Sale of Goods Act 1930)

٢٤٤- حبس المبيع لاستيفاء الثمن

وأمّا فى الفقه الإسلاميّ، فإنّ الوضعَ مختلفٌ فى بيع العروض بالنّقود، وفيه خلافٌ بين الفقهاء. فمذهبُ الحنفيّة والمالكيّة أنّه يجبُ على المشترى تسليمُ الثّمن أوّلاً، ولذلك يحقُّ للبائع أن يحْبس المبيعَ لاستيفاء الثّمن. وذلك لأنّ بمجرّد العقد انتقلت ملكيّةُ المبيعِ المتعيّن إلى المشترى. أمّا الثّمن، فهو دَينٌ فى ذمّة المشترى، ولايتعيّن النّقدُ إلاّ بالقبض، فلا تتحقّق المساواةُ إلاّ بتسليمِ الثّمن، حتّى يتعيّنَ كونُه مملوكاً للبائع، كما تعيّن المبيعُ مملوكاً للمشترى.[1]

وقال الشّافعيّة والحنابلة: يُجْبر البائعُ على تسليم المبيع أوّلاً، ثمّ يُجبر المشترى على تسليم الثّمن، لأنّ حقَّ المشترى تعلّق بعينِ المبيع، وحقُّ البائعِ تعلّق بالذّمّة. وتقديمُ ما تعلّق بالعين أولى لتأكّده.[2] ولمّا ثبت أنّه يجب على البائع تسليمُ المبيع أوّلاً، فمن ضرورة ذلك أنّه لايحقّ له حَبْسُ المبيع لاستيفاء الثّمن. ولكن استثنى منه الشّافعيّةُ أنّه إن خاف البائعُ فوتَ الثّمن، فإنّه يحقّ له أن يشترط فى العقد أنّه يحبسَ المبيعَ

(١) جاء فى الهداية: "ومن باع سلعة قيل للمشترى ادفع الثمن أوّلاً، لأنّ حق المشترى تعين فى المبيع، فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض، لما أنه لايتعيّن بالتعيين، تحقيقا للمساواة. ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن، قيل لهما: سلّما معا، لاستوائهما فى التعيين، فلاحاجة إلى تقديم أحدهما فى الدفع." (الهداية مع فتح القديروالكفاية ٥: ٤٩٦ قبيل خيارالشرط) ومثله فى مبسوط السرخسي، باب قبض المشترى بإذن البائع ١٣: ١٩٢) وقال الحطّاب: "إن وقع العقد فى شيئ من المثمنات بشيئ من الأثمان، ومنه مسئلة الكتاب، فقال ابن القاسم: يلزم المبتاع تسليم الثّمن أوّلاً." (مواهب الجليل ٤: ٣٠٥)

(٢) الشرح الكبير على المقنع لشمس الدين ابن قدامة، بهامش المغنى للموفق ابن قدامة ٤: ١١٣و ١١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

إلى استيفاء الثمن. قال الشّربينيّ رحمه الله تعالى في مغنى المحتاج:

"ولو شَرط البائعُ بموافقة المشترى حبسَ المبيع بثمنٍ فى الذّمّة حتّى يستوفيَ الزّمن[1] الحالّ لا المؤجل، وخاف فوتَ الثّمن بعد التّسليم، ولم يقُل بالبداءة بالبائع صحّ، لأنّ حبْسَه من مقتضيات العقد، بخلاف ما إذا كان مؤجّلاً، أو حالاً ولم يخف فوتَه بعد التّسليم، لأنّ البداءةَ حينئذٍ بالتّسليم للبائع."[2]

ثمّ حقُّ حبسِ المبيع عند من يقول به إنّما يثبُت فى البيع الحالّ دون المؤجّل، كما سيأتى، حتّى أنّ هذا الحقّ يبطُل إذا أخّر البائعُ حقَّه فى استيفاء الثّمن بعد العقد، لأنّه أخّر حقّ نفسه فى قبض الثّمن، فلا يتأخّر حقُّ المشترى فى قبض المبيع. وكذا المشترى إذا نقَد الثّمنَ كلَّه، أو أبرأه البائعُ عن كلّه، بطل حقُّ الحبس، لأنّ حقّ الحبس إنّما كان لاستيفاء الثّمن، وقد حصل.

ولو نقدَ المشترى الثّمنَ كلَّه إلاّ درهماً، كان للبائع حقُّ حبس المبيعِ جميعِه لاستيفاء الباقي، لأنّ المبيعَ فى استحقاق الحبْس بالثّمن لا يتجزّأ، فكان كلُّ المبيعِ محبوساً بكلّ جزءٍ من أجزاء الثّمن، وكذلك لو باع شيئين صفقةً واحدةً، وسمّى لكلّ واحدٍ منهما ثمناً، فنقد المشترى حصّةَ أحدهما كان للبائع حبسُهما حتّى يقبضَ حصّة الآخر، لما قلنا، ولأنّ قبضَ أحدِهما دونَ الآخر تفريقُ الصّفقة الواحدة فى حقّ القبض، والمشترى لا يملك تفريقَ الصّفقة الواحدة فى حقّ القبول، بأن يقبلَ

(١) كذا فى المطبوع، والظّاهر أنّ الصّحيح "الثمن" دون "الزمن"

(٢) مغنى المحتاج للشربيني، باب فى البيوع، ٢: ٣٤

www.besturdubooks.wordpress.com

الإيجابَ في أحدهما دون الآخر، فلا يملكُ التّفريقَ في حقّ القبض أيضاً، لأنّ للقبض شِبْهاً بالعقد."[1]

٢٤٥- بيع الكالئ بالكالئ

أمّا بيع الكالئ بالكالئ، وهو الّذى اشتُرط فيه تأجيلُ البدلين كليهما، فهو بيعٌ غيرُ جائزٍ عند جمهور الفقهاء. والأصلُ فى حُرمته ما رُويَ عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما :"أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ."[2] وقد فرغنا من الكلام على هذا النّوع من البيع تحت الشّرط الخامس من شروط المبيع، والحمد لله تعالى.

٢٤٦- البيع المؤجل

أمّا البيع المؤجل، وقد يسمّى البيع بالنّسيئة، فما اشتُرط فيه تأجيلُ الثّمن. وهو جائزٌ بالإجماع، وقد أخرج البخاريّ عن عائشة رضى الله عنها قالت:

"اشترى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم طعاماً من يهوديّ بنسيئة، ورَهَنَه

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٠٧

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك ٢: ٦٥ برقم ٢٣٤٢ والدارقطني فى سننه ٣: ٧١ برقم ٢٦٩ و٢٧٠ والبيهقى فى سننه الكبرى ٥: ٢٩٠ باب ما جاء فى النهى عن بيع الدين بالدين، وعبدالرزاق فى مصنفه ٨: ٩٠ برقم ١٤٤٤ وابن أبى شيبة فى مصنفه ٦: ٥٩٨ برقم ٢١٦٩ والطحاوي فى شرح معانى الآثار ٤: ٢١ والبزار فى مسنده كما فى كشف الأستار للهيثميّ ٢: ٩١ وكذلك روى عن رافع بن خديج رضى الله تعالى عنه فى المعجم الكبير للطبراني ٤: ٣١٧برقم ٤٣٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

دِرعاً له من حديد."[1]

٢٤٧- معلوميّة الأجل

ويجب لصحّته أن يكون الأجلُ معلوماً. فإن كان الأجلُ فيه جهالةٌ تُفضى إلى النّزاع، فسد البيع. والأصلُ فيه قول الله سبحانه وتعالى فى القرآن الكريم: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ."(سورة البقرة:٢٨٢)

وقال الموفّق ابن قدامة رحمه الله تعالى: "لابدّ من كون الأجلِ معلوماً لقوله تعالى: "إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى" وقول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "إلى أجلٍ معلوم"[2] ولانعلم فى اشتراط العلم فى الجملة اختلافاً. فأمّا كيفيّته، فإنّه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لايختلف."[3] وذكر المرغينانيّ رحمه الله تعالى فى الهداية أنّ البيع إلى النّيروز والمهرجان، وصومِ النّصارى، وفطر اليهود، إذالم يعرف المتبايعان ذلك فاسدٌ لجهالة الأجل، وهى مُفضِيةٌ إلى النّزاع فى البيع، لابتنائها على المماكسة، إلاّ إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما.

أمّا ضربُ الأجل بقدوم الحاجّ، وكذلك إلى الحَصَاد، والدِّياس، والقِطاف، والجزاز، (بمعنى أنّ الثّمن يجب حينما يحصد الزّرّاعُ زرعهم، أو حينما يقطف أصحاب البساتين ثمارهم) فإنّه لايجوز عند الحنفيّة، لما ذكر صاحبُ الهداية أنّها تتقدّم

---

(١) صحيح البخاري، كتاب السلم، حديث ٢٢٥١

(٢) إشارة إلى ما أخرجه البخاريّ وغيره عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفوعا: "من أسلف فى شيئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم." (كتاب السلم، حديث ٢٢٤٠)

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٢٩

www.besturdubooks.wordpress.com



وتتأخر."[١] وهو قول الشافعيَ أيضاً. ورُويَ عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى أنَه قال: "أرجو أن لايكون به بأس." وبه قال مالك وأبوثور.[٢] ورُويَ عن ابن عبّاس رضى الله تعالى عنهما أنّه لم يُجِزْ تأجيل الثّمن إلى خروج العطاء،[٣] (يعنى حينما يُعطى أصحاب الدّيوان رواتبهم) ورُويَ عن ابن عمر وبعضِ أمّهات المؤمنين رضى الله تعالى عنهم جواز ذلك.[٤]

والظّاهرُ أنّ هذا الاختلاف مرجعُه إلى معلوميّة مواعيد الحصاد والجزاز والعطاء، فإن كان معلوماً فى الجملة بحيثُ لايقع فيه نزاع، جاز التّأجيلُ إليها وإلاّ لم يجُز. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٤٨– البيع بالتّقسيط

وكما يجوز ضربُ الأجل لأداء الثّمن دفعةً واحدة، كذلك يجوز أن يكون أداءُ الثّمن بأقساط، بشرط أن تكون آجالُ الأقساط ومبالغُها معيّنةً عند العقد. وقد يُسمّى "البيعَ بالتّقسيط"، وهو نوعٌ من البيع المؤجّل، والأقساط قد تُسمَى "نجوماً".

٢٤٩– التأجيل حقٌ للمشترى فى البيع المؤجل

ومن أحكام البيع المؤجّل والمقسّط أنّ التّأجيلَ حقٌّ للمشترى، فلا يحِقُّ للبائع أن يُطالبَ بالثّمن قبل حلول الأجل، ولايحقُّ له أن يحبسَ المبيعَ من أجل استيفاء

(١) الهداية مع فتح القدير ٦: ٨٦
(٢) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٢٩
(٣) مصنف ابن أبى شيبة، برقم ٢٠٦١٩
(٤) مصنف ابن أبي شيبة، باب من رخّص فى الشراء إلى العطاء، برقم ٢٠٦٢٧ و ٢٠٦٢٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمن، كما يجوز في البيع الحالّ.[١]

نعم! يجوز أن يقبضَه المشترى أوّلاً، ثمّ يرهنَه لدى البائع توثيقاً للدّين.[٢]

والفرقُ بين الرّهن والحبس لاستيفاء الثّمن أنّ المبيعَ المحبوسَ عند البائع مضمونٌ عليه بالثّمن لا بالقيمة، فلو هلك المبيعُ، وهو محبوسٌ عنده، ينفسخ البيع، ولايكونُ مضموناً عليه بقيمته السّوقيّة. أمّا في الرّهن، لو هلك عند البائع المرتهِن بغير تعدٍّ منه، لاينفسخُ البيع، بل يضمنه المرتهن بالأقلّ من قيمته ومن الدّين عند الحنفيّة.[٣]

ولو كان الثّمنُ مؤجّلاً في العقد، فلم يقبض المشترى المبيعَ حتّى حلّ الأجلُ، فله أن يقبضه قبل نقدِ الثّمن، وليس للبائع حقُّ الحبس عند الحنفيّة؛ لأنّه أسقط حقَّ نفسه بالتّأجيل، والسّاقطُ مُتلاشٍ، فلا يحتمل العَود. وكذلك لو طرأ الأجلُ على العقد، بأن أخّر الثّمنَ بعد العقد فلم يقبض البائعُ حتّى حلّ الأجل، فللمشترى أن يقبضَ المبيعَ قبل نقد الثّمن، ولا يملك البائعُ حبسَه لما قلنا.

وعند المالكيّة فيه قولان. قال الخرشيّ: "وهل ما حلّ بعد تأجيله كالحالّ، فيه خلاف."[٤]

ثمّ الأجلُ المضروبُ في البيع هل يبتدئ من وقت العقد أو من وقت قبضِ المشترى المبيع؟ فيه تفصيلٌ. وهو أنّ الأجلَ إن كان تاريخاً معيّناً، مثل بداية رمضان، فإنّ

---

(١) جاء في الفتاوى الهنديّة: "للبائع حقُّ حبس المبيع لاستيفاء الثّمن إذا كان حالاً. كذا في المحيط. وإن كان مؤجّلاً، فليس للبائع أن يحبس المبيعَ قبل حلول الأجل ولابعده. كذا في المبسوط"

(٢) الكفاية شرح الهداية مع فتح القدير ٩: ٩٩ و ردالمحتار مع الدرالمختار، كتاب الرهن، ٦: ٤٩٧

(٣) بدائع الصنائع ٦: ١٦٠

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي، فصل بيع الخيار ٥: ١٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com



الثّمنَ يصير حالاً عند حلول الأجل، سواءٌ أكان المشترى قبض المبيع قبله أم لم يقبضه. أمّا إذا كان الأجلُ المضروبُ بزمان، مثل شهر أو سنة، بدون ذكر التّاريخ، فإنّ الأجلَ يبتدئ عند الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى منذ قبض المشترى على المبيع، وعندصاحبيه يبتدئ منذ يوم العقد.(١)

وكونُ الأجل حقّاً للمشترى فى البيع المؤجّل والمقسّط مشروطٌ بأن يلتزم بوفاء الأقساطِ فى مواعيدها، فيجوز الاشتراطُ فى عقد البيع بالتّقسيط أنّ المشتريَ إن لم يوفِ قسطاً فى موعده، فإنّ الأقساطَ كلّها تصير حالّةً واجبةَ الأداء فوراً. قد صرّح به فقهاءُ الحنفيّة. فجاء فى خلاصة الفتاوى:

"ولو قال: كلّما دخل نجمٌ ولم تؤدّ، فالمال حالٌّ، صحّ، ويصير المالُ حالاً."(٢)

ولم أجد هذا الحكم فى غير المذهب الحنفيّ. ولكن صدر بذلك قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ فى موضوع البيع بالتّقسيط، ونصُّه:

"يجوز شرعاً أن يشترط البائعُ بالأجل حلولَ الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدينُ قد رضيَ بهذا الشّرط عند التّعاقد."(٣)

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٠٦ و ٥٠٧

(٢) خلاصة الفتاوى، كتاب البيوع ٣: ٥٤ طبع كويته ومثله فى الفوائد الخيريّة على جامع الفصولين ٢: ٤ طبع الأزهريّة مصر ١٣٠٠

(٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ فى دورته السّادسة بجدّة، قرار رقم ٥١ (٣:٦) بند: خامساً.

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٥٠- زيادة الثّمن من أجل التأجيل

هل يجوز أن يكونَ الثّمن المؤجّل زائداً على الثّمن الحالَ؟ قد حكى الشوكانيّ رحمه الله تعالى عن زين العابدين عليّ بن الحسين، والنّاصر، والمنصور بالله، والهادويّة أنّه لايجوز، لكون الزّيادة مقابلاً للأجل، وهو الرّبا، أو فيه مشابهةُ الرّبا.(١) أمّا الأئمّةُ الأربعة وجمهورُا لفقهاء والمحدّثين، فقد أجازوا البيع المؤجّل بأكثرَ من سعرالنّقد، بشرط أن يبُتّ العاقدان على أنّه بيع مؤجّلٌ بأجل معلوم. فأمّا إذا قال البائع: أبيعُك نقداً بكذا، ونسيئةً بكذا، وافترقا على ذلك، دونَ أن يتّفقا على تحديد واحدٍ من الشّقّين، فإنّه لايجوز. قال الإمام الترمذيّ رحمه الله تعالى:

"وقد فسّر بعضُ أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثّوب بنقدٍ بعشرة، وبنسيئةٍ بعشرين، ولايفارقه على أحد البيعتين، فإن فارقه على أحدهما فلابأس، إذا كانت العقدةُ على أحدٍ منهما."(٢)

وأخرج ابنُ أبى شيبة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال:

" لابأسَ أن يقول للسّلعة: هي بنقدٍ بكذا، وبنسيئةٍ بكذا، ولكن لايفترقان إلاّ عن رِضاً."

وأخرج مثله عن طاوس، وعطاء وحمّاد، وإبراهيم.(٣) كما أخرج عبدالرزاق مثلَه

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥: ١٢٩

(٢) جامع الترمذيّ، كتاب البيوع، باب ١٨ حديث ١٣٣١

(٣) مصنف ابن أبى شيبة، كتاب البيوع والأقضية، برقم ٤٩٤و٤٩٩و٥٠٠و٥٠٤

www.besturdubooks.wordpress.com



عن سعيدبن المسيّب، وطاوس، والزّهريّ، وقتادة.(١) وقد اتّفقت المذاهبُ الأربعة على ذلك.(٢)

وقد استدلّ بعضُهم على عدم جواز هذه الزّيادة بما أخرجه أبوداود عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه، قال: قال رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم:

"من باعَ بيعتين فى بيعةٍ، فله أوكسُهما أو الرِّبا."(٣)

وهذاالحديثُ ليس فيه حجّة. أمّا أوّلاً، فلأنّ المنذريّ رحمه الله تعالى تكلّم على إسناده، فقال: "فى إسناده محمّدبن عمروبن علقمة، وقد تكلّم فيه غيرُ واحد. والمشهور عن محمّدبن عمرو من رواية الدّراورديّ ومحمّد بن عبدالله الأنصاريّ أنّه صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين فى بيعة."(٤) وقال شيخُنا التّهانويّ رحمه الله تعالى: "وفى إسناده محمدبن عمرو بن علقمة، وقد تكلّم فيه غيرُ واحد، وقدتفرّد به. وهو أيضاً مخالفٌ لما هو المشهور عنه أنّه (صلّى الله عليه وسلّم) نهى عن بَيعتين فى بيعة، فإنّه يدلّ على فساد البيع، بخلاف مارواه عنه أبوداود، فإنّه يدلّ على جوازه بأوكسِ الثّمنين، فلا يُحتجّ بما تفرّد به، بل المقبولُ من حديثه ما وافقه عليه غيره."

وقال الخطّابيّ رحمه الله تعالى فى شرح هذاالحديث:

"لاأعلم أحداً من الفقهاء قال بظاهر هذاالحديث، أو صحّح البيعَ بأوكسِ

---

(١) مصنف عبدالرزاق، برقم ١٤٦٢٦ و١٤٦٢٧ و ١٤٦٣٠

(٢) راجع المغنى لابن قدامة ٤: ٢٩٠ والمبسوط للسرخسي ١٣: ٨ والدسوقي على الشرح الكبير٣: ٥٨ والمدونة الكبرى، كتاب البيوع الفاسدة،٣: ١٩٠ ومغنى المحتاج للشربيني ٢: ٣١

(٣) سنن أبى داود، مع بذل المجهود ١٥: ١٣٤ كتاب الإجارة، باب فيمن باع بيعتين فى بيعة

(٤) تلخيص سنن أبى داود للمنذري ٥: ٩٨

www.besturdubooks.wordpress.com

الثّمنين، إلاّ شيئٌ يُحكى عن الأوزاعيِّ، وهو مذهبٌ فاسد، وذلك لما تتضمّنه هذه العَقدة من الغرر والجهل، وإنّما المشهور من طريق محمّدبن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه نهى عن بيعتين في بيعة...فأمّا روايةُ يحيى بن زكريّا عن محمّدبن عمرو على الوجه الّذي ذكره أبوداود، فيُشبه أن يكون ذلك في حكومة في شيئ بعينه، كأنّه أسلفه ديناراً في قفيزين[1] إلى شهر، فلمّا حلّ الأجلُ وطالبه بالبُرّ، قال له: بعْني القفيزَ الّذي لك عليّ بقفيزين إلى شهر، فهذا بيعٌ ثان، قددخل على البيع الأوّل، فصار بيعتين في بيعة، فيُردّان إلى أوكسهما، وهو الأصل. فإن تبابعا المبيعَ الثّاني قبل أن يتقابضا الأوّل، كانا مُرْبيين."[2]

وفسّره شيخ مشايخنا الكنكوهيّ رحمه الله تعالى بطريقٍ آخر، فقال:

"ظاهرُه مخالفٌ للمذاهب كلّها إلاّ أن يُقال في معناه: إنّ من باع شيئاً على أنّه بخمسةٍ إن كان ناجزاً، أو بعشرةٍ إن كان نسيئةً، ثمّ افترقا من غير أن يتعيّن أحدُهما، فهذا البيع فاسدٌ لكونهما افترقا قبل تعيّن الثّمن، ولأنّه صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيعتين في بيعة، وكان الحكمُ فيه الفسخ، إلاّ أنّ المشتريَ استهلك المبيعَ أو أكله، فلا يجبُ فيه إلاّ المثلُ أوالقيمة، وهو أوكسُ عادةً من الثّمن المتعيّن بينهما في البيعتين معاً، فصار المعنى أنّ من باع بَيعتين كذلك، ثمّ لم يبق المبيعُ حتى يُفسخ البيع، فله أن يأخذ القيمة أو المثل، ولايأخذ الثّمن، لأنّه لو أخذ الثّمن، كان إبقاءً للبيع، وهو مأمورٌ

(١) كذا في المطبوع، ولعلّ الصّحيح "قفيز" كما يتضح من العبارة الآتية.

(٢) معالم السنن للخطّابيّ ٥: ٩٧ و٩٨

www.besturdubooks.wordpress.com

بفسخه. وأمّا إذا أخذ الثّمنَ ولم يفسُخ البيع، فقد أربى لكونه عقد عقداً فاسداً، والعقودُ الفاسدةُ كلُّها داخلةٌ فى حُكم الرّبا."[1]

فتبيّن بهذا أنّ هذا الحديثَ ليس فيه ما يمنع زيادةَ الثّمن فى البيع المؤجّل، مادام ذلك متعيّناً فى العقد من غير ترديد. والظّاهرُ أنّ البائعَ لو ذكر أثماناً مختلفةً لآجال مختلفة، ثمّ جزما على واحدٍ من الآجال، فإنّه جائزٌ أيضاً. وحاصلُه أنّ ذلك يجوزُ عند المساومة فقط. وأمّا عقدُ البيع، فلايصحّ إلاّ بجزم الفريقين على أجلٍ معلوم وثمنٍ معلوم. فإن لم يجزِم العاقدان على ما وقع عليه البيع، لم يجُز. وبهذا يُعلم حكمُ ما قد يقع فى السُّوق من أنّ البائع يقول: "إن أدّيت الثّمن بعد شهر، فالبضاعةُ بعشرة، وإن أدّيتَه بعد شهرين، فهو بإثنى عشر" ويفترقان على ذلك، زعماً من المشترى أنّه سوف يختارُ منها ما يُلائمه فى المستقبل، فإنّ هذا البيع فاسدٌ بالإجماع.

وإنّ زيادةَ الثّمن من أجل الأجل، وإن كان جائزاً عند بداية العقد، ولكن لاتجوز الزّيادةُ عند التّخلّف فى الأداء، فإنّه رباً فى معنى "أتقضى أم تُربى؟"، وذلك لأنّ الأجل، وإن كان منظوراً عند تعيين الثّمن فى بداية العقد، ولكن لمّا تعيّن الثّمن، فإنّ كلّه مقابلٌ للمبيع، وليس مقابلاً للأجل، ولذلك لايجوز "ضع وتعجّل"، كما سيأتى تفصيلُه إن شاء الله تعالى. أمّا إذا زيد فى الثّمن عند التّخلّف فى الأداء، فهو مقابلٌ للأجلِ مباشرةً لاغير، وهو الرّبا.

٢٥١- مسئلة" ضع وتعجّل"

وممّا يتعامل به بعضُ التجّار فى الدّيون المؤجّلة أنّهم يُسقطون حصّةً من الدَّين

(١) بذل المجهود ١٥: ١٣٤إلى ١٣٦

www.besturdubooks.wordpress.com

بشرط أن يُعجّل المديونُ باقيَه قبل حُلول الأجل، مثل أن يكون لزيدٍ على عمروألفٌ، فيقول زيد: "عجّل لى تسعمائة، وأنا أضع عنك مائة." وإنّ هذه المعاملةَ معروفةٌ فى الفقه باسم "ضَعْ وتعجّل" وهذا التّعجيلُ إن كان مشروطاً بالوضع من الدّين، فإنّ المذاهبَ الأربعة متّفقةٌ على عدم جوازه.[1] قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"إذا كان عليه دَينٌ مؤجّل، فقال لغريمه: "ضَعْ عنّى بعضَه، وأُعجّل لك بقيّتَه، لم يجُز. كرهه زيدبن ثابت، وابنُ عمر، والمقداد، وسعيدبن المسيّب، وسالم، والحسن، وحمّاد، والحكم، والشّافعيّ، ومالك، والثوريّ، وهُشيم، وابنُ عُليّة، وإسحق، وأبوحنيفة. وقال مقداد لرجلين فعلا ذلك: كلاكما آذن بحربٍ من الله ورسوله. ورُويَ عن ابن عبّاس أنّه لم يرَ به بأساً. ورُويَ ذلك عن النّخعيّ وأبى ثور، لأنّه آخذٌ بعضَ حقّه، تاركٌ لبعضه، فجاز كما لو كان الدَّين حالاً... ولنا أنّه بيعُ الحُلول فلم يجُز، كما لو زاده الّذى له الدَّين فقال له: أُعطيك عشرةَ دراهم، وتُعجّل لى المائةَ الّتى عليك."[2]

هذا إذا كان البيعُ مؤجّلاً. أمّا إذا كان البيعُ حالاً، فلابأس بالصُّلح على بعض الدَّين مقابلَ التّعجيل. ودليلُه ما أخرجه البخاريّ وغيرُه عن كعب رضى الله تعالى عنه أنّه تقاضى ابنَ أبى حدردٍ دَيناً كان له عليه فى المسجد، فارتفعت أصواتُهما حتىّ سمعهما رسولُ الله

(١) موطأ الإمام مالك، بيوع، ماجاء فى الربا فى الدّين ص٦٠٦ طبع كراتشى والموطأ للإمام محمد، ص٢٤٧ باب الرجل يبيع المتاع أوغيره نسيئة، ثمّ يقول: أنقدنى وانا أضع عنك. والهداية مع فتح القدير، كتاب الصلح، باب الصلح فى الدّين ٧: ٣٩٦

(٢) المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤: ١٧٤ و ١٧٥

www.besturdubooks.wordpress.com

صلّى الله عليه وسلّم وهو فى بيته، فخرج إليهما حتّى كشف سِجْفَ حُجرته، فنادى: ياكعب! قال: لبّيك يارسول الله! فقال: ضَعْ من دَينك هذا، وأومأ إليه، أى الشّطر، فقال: لقد فعلتُ يارسول الله! قال: قُمْ فاقْضِه."[1]

وجاء فى الهداية: "ومَن له على آخر ألفُ درهم، فقال: أدّ إلىّ غداً منها خمسَمائة، على أنّك بريئ من الفضل، فهو بريئ."[2] وجاء فى المدوّنة: "قلت: أرأيتَ لو أنّ لى على رجلٍ مائةَ دينار ومائةَ درهم حالّة، فصالحتُه من ذلك على مائة دينار ودرهم (نقدا)، أيجوز ذلك فى قول مالك؟ قال: نعم."[3]

٢٥٢- بيع العِينة

ومن البيوع المؤجّلة ما يُسمّى "عِينة" وهى على اختلاف اصطلاح الفقهاء على قسمين:

الأوّل: ما عرّفه النّوويّ رحمه الله تعالى بقوله: "وهو أن يبيعَ غيرَه شيئاً بثمن مؤجّل، ويُسلّمه إليه، ثمّ يشتريه قبل قبض الثّمن بأقلّ من ذلك الثّمن نقداً."[4] فإن كان البيعُ الثّانى مشروطاً فى البيع الأوّل، فهو بيعٌ فاسد بالإجماع. أمّا إذا كان البيعُ الثّانى غيرَ مشروطٍ فى البيع الأول، فهو جائزٌ عند الشّافعيّة. وقد أيّد الإمامُ الشّافعيّ رحمه الله

(١) صحيح البخاري، كتاب الصلوة، حديث ٤٥٧

(٢) الهداية مع فتح القدير، كتاب الصلح، باب الصلح فى الدّين، ٧: ٣٩٧

(٣) المدوّنة الكبرى ٣: ٣٩٥ آخر كتاب الصلح

(٤) روضة الطالبين للنوويّ ٣: ٤١٦

www.besturdubooks.wordpress.com

تعالى جوازَه بقوّة، وأطال فى التّدليل عليه فى كتابه "الأمّ".[١]

أمّا المالكيّةُ والحنفيّة والحنابلة، فهم متّفقون على عدم جوازه، وإن لم يُسمّه بعضهم "عِينة". فقال ابنُ رُشد رحمه الله تعالى: "فإذا باع الرّجلُ سلعةً بثمنٍ إلى أجل، ثمّ ابتاعها منه بأقلَّ من ذلك الثّمن نقداً، فُسخت البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون، وهو الصّحيح فى النّظر."[٢] وقال الخرقيّ من الحنابلة: "من باع سلعةً بنسيئة، لم يجُز أن يشتريَها بأقلَّ ممّا باعها، إلاّ أن تكونَ قد تغيّرت صفتُها. وإن اشتراها أبوه أو ابنُه، جاز."[٣] والحنفيّةُ عمّموا عدمَ الجواز ولو كان البيعُ الأوّلُ حالاً، ولم يُنقد الثّمن فى المجلس. فقد جاء فى الهداية: "من اشترى جاريةً بألف درهم حالّةً أو نسيئةً، فقبضها، ثمّ باعها من البائع بخمسمائةٍ قبل أن ينقُد الثّمنَ الأوّل، لايجوز البيع الثّانى."[٤]

وقد استدلّ المانعون بحديث عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما، قال:

> "سمعتُ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم يقول: إذا تبايَعْتم بالعِينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزّرع، وتركتم الجهاد، سلّط الله عليكم ذُلاً لاينْزعه حتّى ترجعوا إلى دينكم."

أخرجه أبوداود فى سننه، وقال المنذريّ فى تلخيصه: "فى إسناده إسحق بن أُسيد أبوعبدالرحمن الخراسانيّ نزيل مصر لايُحتجّ بحديثه، وفيه أيضاً عطاء الخراسانيّ وفيه

---

(١) كتاب الأمّ للشّافعيّ، باب بيع الآجال ٤: ١٦٠

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢: ٥٣

(٣) الشرح الكبير على المقنع لشمس الدّين بن قدامة ٤: ٤٥

(٤) الهداية مع فتح القدير ٦: ٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com



مقال."[1] وبنفس الطّريق أخرجه البزّار فى مسنده.[2] وأخرجه أحمد فى مسنده من طريق يحيى بن عبدالملك ابن أبى غنيّة، عن أبى جناب، عن شهربن حوشب.[3] وفى إسناده أبو جناب الكلبيّ، وهو ضعيف، كما أنّ فى شهربن حوشب مقال معروف. وحسّن ابنُ القيّم إسناد الحديث لتعدّد طرقه.[4]

ومعظم المانعين استدلوا بحديث أبى إسحق السّبيعيّ قال:

"دَخَلَتْ امرأتى على عائشة وأمّ ولدٍ لزيد بن أرقم، فقالت لها أمّ ولد زيد: إنّى بعتُ من زيدٍ عبداً بثمانمائة نسيئةً واشتريتُه منه بستّمائة نقداً، فقالت عائشةُ رضى الله عنها: أبلغى زيداً أن قد أبطلتَ جهادَك مع رسول الله – صلّى الله عليه وسلّم – إلّا أن تتوب، بئسما شريتَ وبئسما اشتريتِ."[5]

وأعلّه الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى بجهالة امرأة أبى إسحق، وقال ابنُ القيّم رحمه الله تعالى: "هذا الحديث حسن، ويُحتجّ بمثله، لأنّه قد رواه عن العالية (امرأة أبى إسحق) ثقتان ثبتان: أبوإسحق زوجُها ويونس ابنُها."[6] وقال ابن عبدالهادى فى التّنقيح: "هذا إسنادٌ جيّد، وإن كان الشّافعيّ قال: لايثبُت مثله عن عائشة، وقولُ الدّارقطنيّ فى العالية: "هي مجهولةٌ لايُحتجّ بها" فيه نظر، فقد خالفه غيرُ واحد."

---

(١) تلخيص أبى داود للمنذريّ، باب النّهى عن العينة ٥: ٩٩إلى ١٠٣ برقم ٣٣١٧

(٢) مسند البزار برقم ٥٨٨٧

(٣) مسند أحمد ٩: ٥١ برقم ٥٠٠٧

(٤) تهذيب السنن لابن القيّم ٥: ١٠٤

(٥) السنن الكبرى للبيهقي وفي ذيله الجوهر النقي ٥: ٣٣٠ وقال البيهقيّ: "كذا جاء به شعبة عن طريق الإرسال.

(٦) تهذيب السنن ٥: ١٠٠

www.besturdubooks.wordpress.com

وقال ابنُ الجوزيّ رحمه الله تعالى: "قالوا: إنّ العاليةَ امرأةٌ مجهولةٌ لا يُحتجّ بنقل خبرها. قلنا: هي امرأةٌ جليلةُ القدر، ذكرها ابنُ سعد في الطّبقات، فقال: العاليةُ بنتُ أنفع بن شراحيل، امرأةُ أبي إسحق السّبيعيّ، سمعت عائشة."[١]

وقد رُويَ منعُ العِينة عن غير عائشة من الصّحابة. فقد روى غير واحد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: "أنّه سُئل عن رجل باع من رجل حريرةً بمائة، ثمّ اشتراها بخمسين، فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينها حريرة."[٢]

ولكنّ منعَ العِينة إنّما يتّجه إذا بقيَ المبيعُ في البيع الأوّل على حاله عند البيع الثّاني. فإن تغيّر المبيعُ بما أثّر على قيمته، جاز البيعُ الثّاني، ولوكان إلى البائع الأوّل. قال شمسُ الدّين بن قدامة: "وهذا إن كانت السّلعة لم تنقُص عن حالة البيع، فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو...تخرّق الثوب ونحوه، جاز له شراؤها بما شاء، لأنّ نقصَ الثّمن لنقص المبيع، لا للتّوسّل إلى الرّبا."[٣]

هذا إذا حصل نقص الثّمن لتغيّرٍ في صفة المبيع. أمّا إذا انتقص سعرُه لظروف السّوق دون أن يقع نقصٌ في صفته، فلا ينبغي شراؤه بأقلَّ. جاء في المحيط البرهانيّ: "ولو رخُص سعر السّلعة من غير أن حدث بها عيب، فلاينبغي أن يشتريَها بأقلّ ممّا باع، لأنّ تغيّر السّعر معتبرٌ في حقّ الأحكام إذا بقي العينُ على حاله، كما في حقّ

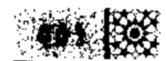
---

(١) ذكر القولين (أي قول ابن عبدالهادي وابن الجوزي) ابن الهمام رحمه الله تعالى في فتح القدير، باب البيع الفاسد ٦: ٧٠

(٢) تهذيب السنن لابن القيّم ٥: ١٠١ والجوهر النّقيّ للمارديني مع سنن البيهقي ٥: ٣٣١

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤: ٤٥ ومثله في الفروق للقرافيّ ٣: ٢٦٨ الفرق بين قاعدة ما يُسدّ من الذّرائع الخ

www.besturdubooks.wordpress.com



الغاصب، وأشباه ذلك، فيُجعل وجودُه كعدمه."[1]

وكذلك يجوز البيع الثّاني باتفاق الفقهاء إن كان بمثل الثّمن الأوّل أو بأكثرَ منه، لانتفاء كونه وسيلةً إلى الرِّبا، وإنّما الممنوعُ البيع بأقلّ، أو بمثلِ قيمته بزيادة الأجل. قال فى المحيط البرهانيّ: "ولو باعه بألفٍ نسيئةَ سَنة، ثمّ اشتراه بألف درهمٍ نسيئةَ سنتين، لايجوز...لأنّ الزّيادةَ فى الأجل تكون نقصاناً فى الماليّة."[2]

ثمّ إن كان المشترى الثّانى والدَ البائع الأوّل، أو ابنَه، أو زوجتَه، فهو داخلٌ فى العِينة عند الحنابلة[3] وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبويوسف ومحمّد رحمهما الله تعالى: يجوز لتباين الأملاك، وكان كما لو اشتراه آخر.[4] والّذى يظهر أنّ قول المالكيّة مثلُ قول الصّاحبين، لأنّهم حيثُ ذكروا أنّ فى حكم البائع الأوّل من تُنزّل منزلته، فسّروه بوكيل البائع أو عبده المأذون، ولم يُدخلوا فيه الابن أو الأب.[5]

وقال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "ولواشترى وكيلُ البائع بأقلَّ من الثّمن الأوّل جاز عنده (يعنى عند أبى حنيفة)، خلافاً لهما، لأنّ تصرّفَ الوكيل عنده يقع لنفسه، فلذا يجوز للمسلم أن يوكّل ذمّيّاً بشراء خمرٍ وبيعها عنده، ولكن ينتقل الملكُ إلى الموكّل

---

(١) المحيط البرهانيّ، ٩: ٣٨٣ كتاب البيوع، فصل ٦
(٢) المحيط البرهاني ٩: ٣٨٥
(٣) الشرح الكبير على المقنع لشمس الدّين بن قدامة ٤: ٤٥
(٤) فتح القدير، باب البيع الفاسد ٦: ٦٨
(٥) حاشية الدّسوقيّ على الشرح الكبير ٣: ٧٧ و الفروق للقرافيّ ٣: ٢٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

حكماً، فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع. وعندهما عقدُ الوكيلِ كعقدِه."(١)

وقولُ المالكيّة مثلُ قول الصّاحبين.(٢)

وإن باع المشترى الأوّلُ السّلعةَ إلى ثالث، ثمّ باعه دلك الثّالثُ إلى الأوّل، فقد يُسمّى "العينة الثّلاثيّة". وهو موضعُ خلافٍ بين الفقهاء. فمذهب الحنفيّة أنّ ذلك جائز. قال ابنُ الهمام رحمه الله تعالى: "ولو باعه المشترى من رجل، أو وهبه، ثمّ اشتراه البائعُ من ذلك الرّجل، يجوز لاختلاف الأسباب بلاشبهة، وبه تختلف المسبّبات."(٣)

والظّاهرُ من قول الإمام مالك رحمه الله تعالى أنّ ذلك لايجوز. قال ابن رشد رحمه الله تعالى: "وسُئل مالكٌ عن رجلٍ ممّن يُعيّن ببيع السّلعة من الرّجل بثمنٍ إلى أجل، فإذا قبضها منه ابتاعها منه رجلٌ حاضرٌ كان قاعداً معهما، فباعها منه؛ ثمّ إنّ الّذى باعها الأوّلَ اشتراها منه بعدُ، وذلك فى موضعٍ واحدٍ، قال: لا خيرَ في هذا، ورآه كأنه محلّلٌ فيما بينهما."(٤)

والظّاهر من عبارته أنّه فيما إذا كان بمواطأة، إذ قيّد الثالث برجل حاضر قاعد معه.

---

(١) فتح القدير ٦: ٦٨ ومثله فى المحيط البرهانيّ (٩: ٣٨٣) وزاد: "فإن عاد المشترَى إلى المشترى الأوّل، إن عاد بسبب هو فسخ فى حقّ النّاس كافّةً، كخيار الرؤية أو خيار الشّرط قبل القبض أو بعده بقضاء أو غير قضاء، أو بخيار عيب قبل القبض بقضاء أو غير قضاء، لايجوز للبائع الأوّل أن يشتريه بأقلّ ممّا باع. وإن عاد إليه بسبب هو فسخٌ فى حقّهما، بيعٌ جديدٌ فى حقّ الثّالث، كان للبائع أن يشتريه بأقلّ ممّا باع."

(٢) حاشية الدّسوقيّ على الشرح الكبير ٣: ٧٧ و الفروق للقرافيّ ٣: ٢٦٨

(٣) فتح القدير ٦: ٦٨

(٤) البيان والتحصيل لابن رشد ٧: ٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

فلو لم يكن ذلك بمواطأة، فإنّه يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٥٣- العينة بمعنى التورّق

القسم الثّاني من العِينة ما يُسمّيه الحنابلةُ التّورّق، وذكره الحنفيّة باصطلاح العِينة. وهو أن يشتريَ المرأ سلعةً نسيئةً بزيادة في ثمن المثل، ثمّ يبيعُها نقداً إلى غير البائع بأقلَّ ممّا اشتراه به، ليحصُل بذلك على النّقد. وفي حُكمه روايتان عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى،[١] ولكنّ المذهبَ المختار عند الحنابلة جوازُه. قال المرداويّ رحمه الله تعالى: "لو احتاج إلى نقد، فاشترى ما يُساوي مائةً بمائة وخمسين فلا بأس. نصّ عليه وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وهي مسئلة التّورّق."[٢]

أمّا الشّافعيّة، فيجوّزون العِينة، فجوازُ التّورّق عندهم أولى. وذكر الإمام الشّافعيّ رحمه الله تعالى جوازَه كأنّه متّفق عليه بينه وبين مانعي العِينة، وألزمهم به.[٣]

وكذلك الظّاهرُ أنّ التّورّق جائزٌ عند المالكيّة. فإنّ الدّسوقيّ رحمه الله تعالى ذكر أنّ شروط بيوع الآجال المتطرَق إليها التُّهمة خمسة، وذكر منها: "أن يكون البائعُ ثانياً هو المشترى أوّلا، أو من تنزّل منزلته، والبائعُ أوّلاً هو المشتريَ ثانياً، أو من تنزّل منزلته."[٤] وقال القرافيّ رحمه الله تعالى: "إنّا إنّما نمنع أن يكون العقدُ الثّاني من

---

(١) الفروع لابن مفلح ٤: ١٧١

(٢) الإنصاف للمرداوي ٤: ٣٣٧ ومثله في كشاف القناع ٣: ١٧٥ وشرح منتهى الإرادات ٢: ١٥٨

(٣) قال رحمه الله تعالى: "قيل: أفحرامٌ عليه أن يبيع ماله بنقد، وإن كان اشتراه إلى أجل؟ فإن قال: لا إذا باعه من غيره، قيل: فمن حرّمه منه؟" (كتاب الأمّ ٤: ١٦٠)

(٤) حاشية الدّسوقيّ على الشرح الكبير ٣: ٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com

البائع الأوّل."[١]

أمّا الحنفيّة، فقد ذكروا التّورّق باسم العِينة. ثمّ منهم من ذهب إلى كراهته، مثلُ الإمام محمّد رحمه الله تعالى، فإنّه رُويَ عنه أنّه قال: "هذا البيعُ في قلبي كأمثال الجبال، ذميمٌ اخترعه أكَلَةُ الرّبا." ومنهم من ذهب إلى جوازه، مثلُ الإمامِ أبي يوسف رحمه الله تعالى، ورُويَ عنه أنّه قال: "العِينةُ جائزةٌ مأجورٌ من عَمِل بها."[٢]

وإنّ ابنَ الهمام وافق بين قولَيِ الكراهة والجواز، فحمل الجوازَ على الصّورة الأولى، وهي التورُّق، وحمل الكراهةَ على الصّورة الثّانية، وهي العينةُ عند جمهور الفقهاء. فقال رحمه الله:

"ثمّ الّذي يقع في قلبي أنّ ما يُخرجه الدّافع إن فُعِلت صورةٌ يعود فيها إليه هو أو بعضُه، كعَود الثّوب أو الحرير...فمكروه، وإلاّ فلا كراهةَ إلاّ خلافَ الأولى على بعض الاحتمالات، كأن يحتاج المديون، فيأبى المسئولُ أن يُقرض، بل أن يبيعَ ما يساوي عشرةً بخمسة عشر إلى أجل، فيشتريه المديون، ويبيعُه في السوق بعشرة حالّة.

ولا بأس في هذا، فإنّ الأجلَ قابله قسطٌ من الثّمن، والقرضُ غيرُ واجبٍ عليه دائماً، بل هو مندوبٌ، فإن تركه بمجرّد رغبةٍ عنه إلى زيادة الدّنيا فمكروه، أو لعارضٍ يُعذَر به فلا، وإنما يُعرفُ ذلك في خصوصيات المواد، وما لم ترجع إليه العينُ الّتي خرجت منه لا يُسمّى بيعَ العينة؛ لأنّه من العَين

(١) الفروق للقرافي ٣: ٢٦٨

(٢) ردّالمحتار، باب الصّرف ١٥: ٥٦٨

www.besturdubooks.wordpress.com

المسترجعة، لا العين مطلقاً[1]. وإلّا فكلّ بيعٍ بيعُ العينة."[2]

وما ذكره ابن الهُمام رحمه الله وجيهٌ جداً، ولذلك اختاره كثيرٌ من الحنفيّة وأفتَوا به. قال ابنُ عابدين بعد ذكر رَأْيِ ابنِ الهمام رحمه الله:

"وأقرّه في البحر والنّهر والشُّرنبلاليّة، وهو ظاهرٌ، وجعله السّيد أبو السعود محمِلَ قول أبي يوسف، وحمل قولَ محمّد والحديثَ على صورة العَوْد."[3]

ولكنّ جواز التورّق مشروطٌ بأن لاتكون هناك ملابساتٌ أخرى تُفسد البيع، مثل أن يشترط المشترى على البائع الأوّل أن يبيع السّلعةَ في السّوق نيابةً عنه، فإنّ هذا الشّرطَ يُفسد البيع. أمّا إذا كان البيعُ خالياً من هذا الشّرط، ثمّ وكّل المشترى البائعَ نفسَه بأن يبيعَه في السّوق، فالظّاهر أنّه لامحظورَ فيه، ولكنّ الاجتنابَ عنه أولى، لأنّ آخذ النّقود **الأقلّ** بالبيع الأوّل هوالّذي يدفع الأكثر بعد البيع الثّاني، وصورتُه تُشابه دراهمَ بدراهم، وإن كان من جهتين مختلفتين، وخاصّةً، إذا كان التّورّق عن طريق بورصات السّلع.[4] وقد صدر بذلك قرارٌ من مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ، وهذا

(١) هذا مبنيّ على أن الحنفيّة عرّفوا العينة ببيع العين بالربح نسيئةً كما في "الدّرّ المختار"، فيقول ابن الهمام رحمه الله: إن العينة المذمومة لا تتحقق ببيع العين بالربح مطلقاً، وإنّما تتحقّق إذا عادت العين إلى البائع، حتّى يثبت أنّ البائع إنّما اتخذ العين حيلةً مصطنعة، وإلّا فالمقصود الزيادة مع بقاء العين عنده.

(٢) فتح القدير ٦: ٣٢٤

(٣) رد المحتار، كتاب الكفالة ١٦: ١٦٣ فقره ٢٥٦٩٢

(٤) وقد فصّلت الكلام على التّورّق في رسالتي: "أحكام التّورّق وتطبيقاته المصرفيّة" راجع بحوث في قضايا فقهيّة معاصرة للمؤلف ٢: ٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com

نصّه:

"(١) التورُّق في اصطلاح الفقهاء: هو شراءُ شخصٍ (المستورق) سلعةً بثمن مؤجّلٍ من أجْلِ أن يبيعها نقداً بثمنٍ أقلَّ غالباً إلى غير من اشتُرِيتْ منه بقصد الحصول على النّقد. وهذا التّورّق جائزٌ شرعاً، شرطَ أن يكون مستوفِياً لشروط البيع المقرّرة شرعاً.

(٢) التورّق المنظَّم في الاصطلاح المعاصر: هو شراءُ المستورِق سلعةً من الأسواق المحلّيّة أو الدّوليّة، أو ما شابهها بثمنٍ مؤجّلٍ يتولّى البائعُ (المموّل) ترتيبَ بيعها، إمّا بنفسه أو بتوكيل غيرِه، أو بتواطؤ المستورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمنٍ حالّ أقلّ غالباً.

(٣) التّورّق العكسيّ: هو صورة التّورّق المنظَّم نفسُها مع كون المستورق هو المؤسّسةَ والمموّلُ هو العميلَ.

(٤) لا يجوز التورّقان (المنظَّم والعكسيّ) وذلك لأنّ فيهما تواطؤاً بين المموّل والمستورق، صراحةً أو ضمناً أو عُرفاً، تحايلاً لتحصيل النّقد الحاضر بأكثرَ منه في الذّمّة، وهو رباً."[1]

٢٥٤- قلب الدّين أو معاملة الدّين

تحدّث الفقهاء عن مسئلةٍ في البيع المؤجّل والمداينات الأخرى، وهيَ أنّ المديونَ ربّما يعجَز عن أداء دَينه عند حلول الأجل، فيدخلُ مع الدّائن في بيعٍ مؤجّلٍ آخرَ

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم ١٧٩ (١٩/٥)

www.besturdubooks.wordpress.com

بثمنٍ زائدٍ على الثّمن الحالّ، ويُمهِله الدّائنُ في دَينه الأوّل، ويُسمّى "قلب الدّين" في اصطلاح الحنابلة، و"معاملة" في اصطلاح المتأخّرين من الحنفيّة. فإن كان هذا الإمهالُ في الدَّين الأوّل مشروطاً في البيع الثّاني، فالبيعُ الثّاني فاسدٌ بالاتّفاق، لأنّه بيعٌ شُرط فيه مالايقتضيه العقد. أمّا إذا لم يكُن الإمهالُ شرطاً في البيع الثّاني، ففيه خلاف. فقال الإمام مالك رحمه الله تعالى: إنّه غير جائز. جاء في الموطّأ:

"قال مالك في الرّجل يكون له على الرّجل مائةُ دينارٍ إلى أجل، فإذا حلّت، قال له الّذي عليه الدَّين: بِعْني سلعةً يكون ثمنُها مائةَ دينار نقداً بمائة وخمسين إلى أجل. قال مالك: هذا بيعٌ لايصلح، ولم يزل أهلُ العلم ينهَون عنه. قال مالك: وإنّما كُرِه ذلك لأنّه إنما يُعطيه ثمنَ ما باعَه بعينه، ويؤخّرُ عنه المائةَ الأولى إلى الأجل الّذي ذكره آخرَ مرّة، ويزداد عليه خمسين ديناراً في تأخيره عنه. فهذا مكروهٌ ولايصلُح، وهو أيضاً يُشبِه حديث زيدبن أسلم في بيع أهل الجاهليّة أنّهم كانوا إذا حلّت ديونهم قالوا للّذي عليه الدّين: إمّا أن تقضي وإمّا أن تُربي. فإن قضى أخذوا، وإلاّ زادهم في حقوقهم، وزادوه في الأجل."(١)

ومثلُه مذهب الحنابلة. قال البهوتيّ رحمه الله تعالى:

"ويحرُم على صاحب الدَّين أن يمتنع من إنظار المعسر حتّى يقلُب عليه الدَّين. ومتى قال ربُّ الدَّين: إمّا أن تقلُب الدَّين، وإمّا أن تقوم معي إلى عند الحاكم، وخاف أن يحبسه الحاكمُ لعدم ثبوت إعساره عنده، وهو مُعسِر، فقلَب

---

(١) موطأ الإمام مالك مع أوجز المسالك ١١: ٣٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

على هذا الوجه، كانت هذه المعاملةُ حراماً غيرَ لازمة باتّفاق المسلمين، فإنّ الغريمَ مكرَهٌ عليها بغير حقّ، ومن نسب جواز القلب على المعسر بحيلة من الحيل إلى مذهب بعض الأئمّة، فقد أخطأ فى ذلك وغلط، وإنّما تنازع النّاسُ فى الأمور الاختياريّة."[١]

وقد شدّد الإمام ابن تيميّة رحمه الله تعالى فى ذلك، فقال:

"وأمّا إذا حلّ الدّينُ وكان الغريمُ معسراً، لم يجُز بإجماع المسلمين أن يقلِب بالقلب، لابمعاملة ولا غيرِها، بل يجب إنظارُه. وإن كان موسراً، كان عليه الوفاء، فلاحاجةَ إلى القلب، لامع يساره ولامع إعساره."[٢]

وما ذكرالبهوتيّ وابنُ تيميّة رحمهما الله تعالى من اتّفاق المسلمين على منع قلب الدّين إنّما هو فيما إذا كان الإمهالُ شرطاً فى البيع الثّانى، أو كان المدينُ مُكرَهاً، كما ذكره البهوتيّ. أمّا إذا لم يكن الإمهالُ مشروطاً، ولا المدينُ مُكرهاً، فقد ثبت عن الحنفيّة أنّهم أجازوا هذه المعاملة، قال الإمام محمّد رحمه الله تعالى:

"قال أبوحنيفة رضي الله عنه فى الرّجل يكون له على الرّجل مائةُ دينار إلى أجل، فإذا حلّت، قال له الّذى عليه الدَّين: بِعْنى سلعةً يكون ثمنُها مائةَ دينارنقداً بمائة وخمسين إلى أجل: إنّ هذا جائز، لأنّهما لم يشترطا شيئاً، ولم يذكرا أمراً يفسُد به الشّراء. وقال أهل المدينة: هذا لايصلح. قال محمّد: ولِمَ لايصلح هذا؟ أرأيتم مَن كان له على رجلٍ دَين، فقد حرّم الله عليه أن

---

(١) كشاف القناع ٣: ١٧٥ فصل ومن باع سلعة بنسيئة

(٢) مجموع فتاوى ابن تيميّة، باب الربا ٢٩: ٤١٨ وجعله رحمه الله تعالى عين الربا فى ٢٩: ٤٣٥ و٢٩: ٤٣٧

www.besturdubooks.wordpress.com

يبيعَه منه شيئاً يُربح عليه فيه. قالوا: نخاف أن يكون هذا ذريعةً إلى الرّبا. قيل لهم: وأنتم تُبطلون بيوعَ النّاس بالتخوّف ماتظنّون من غير شرطٍ اشترطَه، ولابيعٍ فاسد إلاّ بما تظنّون وترَون!...قالوا: نرى أنّه إنّما باعه لمكان دَينه، قيل لهم: إنّهما لم يتذاكرا الدّينَ بقليلٍ ولا كثير...أرأيتم لو أجزتم البيعَ كما نُجيزه، أمَا كان لصاحب الدّين أن يأخذ دَينه من صاحبه وقد حلّ؟ قالوا: بلى، له أن يأخذ دينَه، قيل لهم: فإذا كان له أن يأخذ دينَه كان البيعُ جائزاً، فبأيّ وجه أبطلتم بيعه؟"[١]

والحاصلُ أنّ الإمهالَ فى الدَّين الأوّل إن لم يكن مشروطاً، فلايزال الدّائنُ يحقّ له أن يُطالبَ بالدَّين الأوّل فى الحال قضاءً. فإن أمهله، أمهله تطوّعاً، فلا يُقال: إنّه عوضٌ عن الزّيادة فى البيع الثّانى. والظّاهرُ أنّ مذهب الإمام الشافعيّ رحمه الله تعالى مثلُه، لأنّه يقول بجواز العِينة، فهذا أولى بالجواز عنده.

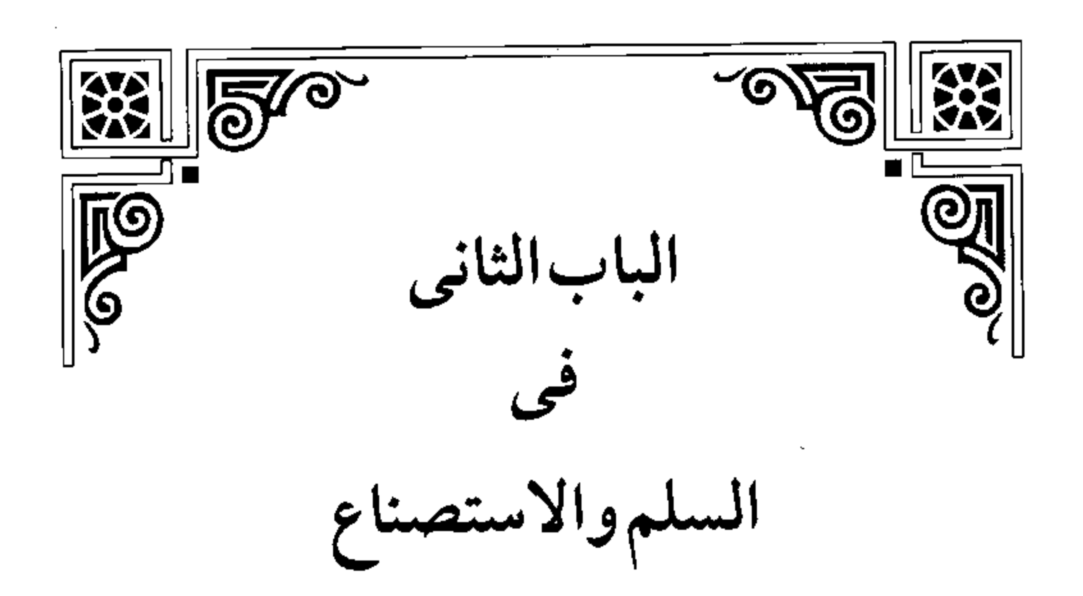
ثمّ إنّ المتأخّرين من الحنفيّة، وإن مشَوا على مذهب الإمام أبى حنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى، غيرَ أنّهم ذكروا فيها كراهة. جاء فى الدرّ المختار: "شراءُ الشّيئ اليسير بثمنٍ غالٍ لحاجة القرض يجوز ويُكره." وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى فى شرحه: "أى يصحّ مع الكراهة."[٢] والظّاهر أنّ المرادَ كراهةٌ تنزيهيّة تجتمعُ مع الجواز. ولاشكّ أنّ الاحتياطَ فى مسئلة قلب الدّين فى مذهب المالكيّة والحنابلة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) كتاب الحجّة على أهل المدينة للإمام محمد ٢: ٦٩٤إلى ٦٩٦ باب ما يجوز من الدين ومالايجوز، طبع دارالمعارف النعمانيّة

(٢) ردّالمحتار، فصل فى القرض ١٥: ٢١٥

www.besturdubooks.wordpress.com



الباب الثانى
فى
السلم والاستصناع

٢٥٥- السّلم

والسَّلَمُ بيع الآجل بالعاجل، بمعنى أنّ المشتريَ يدفع الثّمن حالاً، ويلتزمُ البائع بتسليمِ المبيع فى وقتٍ لاحق. ويُسمّى "سَلَماً" و"سَلَفاً". وإنّ هذا البيعَ ينعقد عادةً فى حين أنّ المبيعَ معدوم، مثل أن يقع السّلم فى ثمرةٍ لم تظهر بعد، أو فى حين أنّ البائعَ لا يملك المبيع. وإنّ ذلك مخالفٌ للمبدأ العامّ من أنّه لايجوز بيع المعدوم ولا بيعُ ما لايملكه الإنسان، كما مرّ فى شروط المبيع. و لكن ثبتت مشروعيّته للحاجة العامّة بقول الله عزّ وجلّ: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ [البقرة : ٢٨٢]

وروى سعيد بن منصور عن ابن عبّاس رضى الله عنهما قال:

"أشهد أنّ السّلف المضمونَ إلى أجلٍ مسمّىً قد أحلّه الله فى الكتاب، وأذِن

www.besturdubooks.wordpress.com



فيه." ثمّ قرأ هذه الآية.[1]

وقد روى البخاريّ رحمه الله تعالى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال:

"قدِم رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم المدينةَ والنّاس يُسلفون فى الثّمر العامَ والعامين...فقال: من سلّف فى تَمْر، فليُسْلِفْ فى كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلوم."[2]

وقال ابنُ المنذر رحمه الله تعالى: "أجمع كلُّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنّ السّلم جائز." وقال ابنُ قدامة رحمه الله بعد نقله: "ولأنّ المُثْمَن فى البيع أحدُ عوضي العقد، فجاز أن يثبُت فى الذّمّة كالثّمن، ولأنّ بالنّاس حاجةً إليه، لأنّ أربابَ الزّروع والثّمار والتّجاراتِ يحتاجون إلى النّفقة على أنفسهم وعليها لتكمُل، وقد تُعْوِزهم النّفقة، فجُوّز لهم السّلمُ ليرتفقوا، ويرتفقَ المُسلِمُ بالاسترخاص."[3]

والمشترى فى السّلم يُسمّى "ربّ السّلم" أو :"المُسلِم" والبائعُ "المسلَم إليه" والثّمنُ "رأسَ المال" والمبيعُ "المسلَم فيه". وإنّ هذا البيعَ لايجوز إلاّ بشروطٍ بعضُها ترجع إلى نفس العقد، وبعضُها إلى الثّمن، وبعضُها إلى المسلَم فيه، وبعضُها إلى تسليم المسلَم فيه. وفى بعضها خلافٌ بين الفقهاء. ولنبيّن هذه الشّروط فى فصولٍ مستقلّة، والله سبحانه هو الموفق:

٢٥٦ - الشّروط فى نفس العقد

أمّا الشّروط الّتى ترجع إلى نفس العقد، فاشترط بعضُ الفقهاء، بالإضافة إلى الشّروط

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرك، كتاب التفسير، سورة البقرة، حديث ٣١٣٠ وسكت عليه الذّهبي

(٢) صحيح البخاري، أول كتاب السلم برقم ٢٢٣٩

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

العامّة، أن يكونَ البيعُ بلفظ "السّلم" أو "السّلف" خاصّةً، وهو قولُ زفر، وأحدُ وجهي الشّافعيّ رحمهما الله تعالى، لأنّ القياسَ ألاّ ينعقد أصلاً، لأنه بيعُ المعدوم، إلاّ أنّ الشّرع ورد بجوازه بهذين اللّفظين، فيقتصرُ الجواز عليهما.(١)

أمّا الجمهور من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، فلا يشترطون فيه لفظَ "السّلم" أو "السّلف"، بل يجوّزونه بلفظ البيع أيضاً. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

"ولنا أنّ السّلمَ بيع، فينعقد بلفظ البيع، والدّليل على أنّه بيعٌ مارُويَ أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخّص في السّلم."(٢)

ووجه الاستدلال به أنّ لفظ الرخصة يدلّ على أنّ السّلم قد استُثنيَ من بيع المعدوم. والأصلُ في المستثنى أن يكون داخلاً في المستثنى منه.

والشّرطُ الثاني الّذي يرجعُ إلى العقد عند جمهور الفقهاء أن يكون العقدُ باتّاً خالياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "لأنّ جوازَ البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولاً به عن القياس، لأنّه شرطٌ يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال...إلاّ أنّا عرفنا جوازَه بالنصّ. والنّصُّ ورد في بيع العَين، فبقيَ ماوراءه على أصل القياس، خصوصاً إذالم يكُن في معناه، والسّلمُ ليس في معنى بيع العين فيما شُرع له الخيار، لأنّه شُرع لدفع الغبْن، والسّلَمُ مبناه على

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٠ ومغني المحتاج ٢: ١٣٤

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٠ وقال الزيلعيّ رحمه الله تعالى في نصب الراية ٤: ٤٥ :"غريب بهذااللفظ... لكن رأيت في شرح مسلم للقرطبيّ مايدلّ على أنه عثر على هذاالحديث بهذااللفظ...والّذي يظهر أنّ هذا حديث مركب."

www.besturdubooks.wordpress.com



الغبْن ووكسِ الثّمن، لأنّه بيعُ المفاليس، فلم يكُن فى معنى مورد النصّ."[1]

وقال المالكيّة: يجوز اشتراطُ الخيار لأحدهما، أو لهما، أو لأجنبيٍّ إلى ثلاثة أيّام، إن تأخّر قبضُ رأس المال إليها، فإنّ هذا التأخيرَ يجوز عندهم،[2] كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى شروط رأس المال.

٢٥٧- الشروط فى رأس المال

أمّا الشّروط التى ترجع إلى رأس المال، فهيَ ما يأتى:

(١) بيانُ جنس رأس المال. فإن كان من النّقود، وجب تعيينُ العُملة، مثلُ الدّراهم أو الدّنانير، أوالرّيالات أو الرّبيات وغيرها. وإن كان من الأعيان، وجب بيانُ جنسِه، مثلِ الحنطة أو التّمر أو الثّوب.

(٢) بيانُ نوعه، فإن كان من النّقود، وكان فى البلد أنواعٌ مختلفةٌ من العُملة الواحدة، وجب بيانُ النّوع الّذى وقع عليه العقد، وإن كان من الأعيان، مثلِ الثّوب، وجب تعيينُ نوعِه، مثلِ الكتّان أو الحرير.

(٣) بيانُ صفته إن كان رأسُ المال يتفاوت فى صفاته.

(٤) بيانُ قدرِه إن كان العقدُ يتعلّق بقَدْره من المكيلات والموزونات والعدديّات المتقاربة، ولايكفى الإشارةُ إليه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، خلافاً لصاحبيه وللإمام الشّافعيّ رحمهم الله تعالى، فإنّهم على أنّ الإشارةَ تكفى عن بيان القدر، كما

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣١ ومثله فى المجموع شرح المهذّب ١٣: ١٠٦

(٢) الدسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ١٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

فى الذّرعيّات والعدديّات المتفاوتة الّتى يتّفق الإمام أبوحنيفة رحمه الله تعالى معهما فى أنّ الإشارةَ تكفى فيها، ولايلزم بيانُ القدر. وصورةُ المسئلة: إذا قال: أسلمتُ إليك هذه الدّراهم، ولايُعرف وزنُها، أو هذه الصُّبرة، ولم يُعرف كيلُها، يجوز عندهما وعند الشّافعيّ، لأنّ الإشارةَ أغنت عن بيان القدر، كما أنّها تُغنى عنه فى البيع الحالّ. ولايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لأنّ جهالةَ القَدر فى رأس المال قد تؤدّى إلى الجهالة فى المسلَم فيه، مثل أن يُستحقّ بعضُ رأسِ المال، فينفسخ السّلم بقدر المستحَقّ، ويبقى فى الباقى، وذلك غير معلوم. ولو قال: أسلمتُ إليك هذا الثّوبَ ولم يعرف ذَرْعه، أو هذا القطيعَ من الغنم، ولايعرفُ عدده، جاز فى قولهم جميعا.

وجهُ الفرق على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنّ القدرَ فى المذروعات والعدديّات المتفاوتة مُلحَقٌ بالصّفة، وإعلامُ صفة رأس المال ليس بشرط لصحّة السّلم إذا كان معيَّناً مُشاراً إليه.[1] وظاهرٌ أنّ هذا مبنيٌّ على كون الذّراع وصفاً، لاقدراً، وسيجيئ الكلامُ على ذلك فى مبحث خيار فوات الوصف إن شاء الله تعالى.

(٥) أن يكونَ مقبوضاً فى مجلس عقد السّلم. لأنّ المسلَم فيه إن كان نقداً، فإنّه لايتعيّنُ بدون القبض، فيكونُ ديناً، والمسلَمُ فيه دينٌ أيضاً، والافتراقُ بدون قبض رأس المال افتراقٌ عن دينٍ بدين، وإنّه يجعله بيعَ الكالئ بالكالئ، وقد مرّ أنه لايجوز بنصّ الحديث. وأمّا إن كان رأسُ المال عيناً، فوجهُ اشتراطِ قبضِه فى المجلس أنّ السّلمَ بيعُ آجلٍ بعاجل، فقبضُ العاجلِ داخلٌ فى معناه. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "ولأنّ

---

(١) راجع بدائع الصنائع ٤: ٤٣١ و٤٣٢ للتفصيل

www.besturdubooks.wordpress.com



مأخذ هذا العقد دليلٌ على هذا الشّرط، فإنه يُسمّى "سَلماً" و"سلفاً" لغةً وشرعاً. تقول العرب: "أسلمتُ" و"أسلفتُ" بمعنىً واحد، وفي الحديث: "من أسلم، فليُسلمْ في كيل معلوم." وروي: "من أسلف فليُسلف في كيل معلوم." والسَلم يُنبئ عن التّسليم، والسّلف يُنبئ عن التّقدّم، فيقتضي لزومَ تسليم رأس المال، ويُقدَّم قبضُه على قبض المسلم فيه."[1] وهذا مذهبُ الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة.[2]

أمّا الإمام مالك بن أنس رحمه الله تعالى، فخالف الجمهورَ في أمرين:

الأوّل: أنّه أجاز تأخيرَ قبضِ رأس المال إن كان عروضاً، ولو إلى أجل المسلَم فيه،[3] لأنّ العروض تتعيّن بالتّعيين، فلا يكون دَيناً بدَين.

والثّاني: أنّه إن كان رأسُ المال نقداً، فإنّه يجوّز تأخيرَ رأس المال إلى ثلاثة أيّام، لأنّ ما قاربَ الشّيئَ يُعطَى حُكمَه. وذهب بعضُ المالكيّة إلى أنّ التّأخير إلى ثلاثة أيّام إنمّا يجوز إذا كان بدون شرط، واختاره عبدالحقّ وابنُ الكاتب وابنُ عبدالبرّ رحمهم الله تعالى. وقال آخرون: يجوز بشرطٍ أيضاً، واختاره في مختصر خليل.[4]

أمّا تأخيرُه فوق الثّلاث بشرط، فلايجوز بالاتفاق. أمّا إن كان بدون شرط، فإن كان رأسُ المال من العروض، وتأخّر قبضُه فوقَ الثّلاث، لم يُفسخ العقد، وإن كان من النّقود، يفسُد العقد على ما في المدوّنة، ولايفسُد عند ابن حبيب بشرط أن يكون

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٣

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٤

(٣) الدسوقيّ على شرح مختصر خليل ٣: ١٩٧

(٤) الدسوقي على شرح مختصر خليل ٣: ١٩٥

www.besturdubooks.wordpress.com

بدون شرط في العقد.[١]

وبماأنّ قبضَ رأس المال شرطٌ لصحّة السّلم، فإنْ قبضَه المسلمُ إليه، ثمّ انتقض القبضُ بعيبٍ أو استحقاقٍ مثلاً، فإنّه يوجبُ بطلانَ السّلم.[٢]

أمّا إذا عجّل ربُّ السّلم بعضَ رأس المال، وأخّر بعضه، ففيه خلافٌ بين الفقهاء. قال الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة: يبطُل السَّلمُ فيما لم يقبض، ويسقطُ بحصّته من المسلَم فيه، ويصحّ في الباقي بقسطه.[٣] وعلّله ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى بقوله: "وصحّ في حصّة النّقد لوجود قبض رأس المال بقدره، ولايَشِيعُ الفساد، لأنّه طارئ، إذ السّلمُ وقع صحيحاً في الكُلّ، ولذا لو نقد الكُلَّ قبل الافتراق، صحّ."[٤]

وظاهرٌ أنّ هذا إنّما يُمكنُ إن كان المُسلمُ فيه ممّا يحتملُ التّبعيض، ويُمكن تبعيض الثّمن على حصص. فأمّا إذا كان المسلمُ فيه ممّا لايقبلُ التّبعيض أو يضرّه التّبعيضُ، مثل الثّوب، فالظّاهرُ أنّ تأخيرَ بعض رأس المال يُفسد العقد.

وقال المالكيّة: إن قدّم بعضَ رأس المال، وضربَ لبعض رأس المال أجلاً بطل السّلمُ في الصّفقة كلّها، ومتى قبض البعضَ، وأخّر البعضَ فسد، لأنّه دَين بدين.[٥]

---

(١) كذا في المقدمات الممهدات لابن رشد ٢: ٢٨

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٥

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٤ و ٣٣٥

(٤) البحر الرائق ٦: ١٧٨

(٥) المدوّنة الكبرى، كتاب السّلم الثّاني ٣: ٨٧ و كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني للمنوفي، مع حاشية العدويّ ٣: ٣٦٧

www.besturdubooks.wordpress.com



٢٥٨- هل يجوز أن يكون الدّينُ فى ذمّة المسلَم إليه رأسَ مال السّلم؟

ولو أراد ربُّ السَّلم أن يجعلَ الدّينَ الّذى فى ذمّة المسلم إليه رأسَ مال السّلم، فإنّ ذلك غيرُ جائزٍ عند الأئمّة الأربعة والجمهور، لأنّه يؤدّى إلى بيع الكالئ بالكالئ. وإن نقدَه فى المجلس جاز، لأنّ المانعَ ههنا ليس إلاّ انعدامَ القبض حقيقة، وقد زال. وقد ذكرنا فى مبحث بيع الدّين أنّه أجاز العلاّمةُ ابنُ تيميّة وتلميذُه ابنُ القيّم رحمهما الله تعالى أن يُجعلَ الدَّينُ على المسلم إليه رأسَ مال السّلم، وإن لم ينقُده فى المجلس. وسمّياه بيعَ الواجب بالسّاقط.[1] هذا إذا كان الدَّينُ فى ذمّة المسلَم إليه حالاً. أمّا إذا كان مؤجّلاً، فلايجوزُ عندهما أيضاً، لأنّه ليس من الدّين السّاقط.

والظّاهرُ أنّ مذهبَ الجمهور أوفقُ بمقاصد السّلم. وذلك لأنّ السّلمَ إنّما شُرع لدفع حاجة فاقدى السيولة الّذين يُريدون أن يحصُلوا على نقدٍ يستخدمونه للاستثمار فى نشاطاتهم الزّراعيّة أو التّجاريّة. ومن أجل ذلك ربّما يَرضون بالوَكْس فى الثّمن. فلو جاز أن يكون الدَّينُ الّذى عليهم رأسَ مال السّلم، فإنّهم لا يحصُلون على نقد، مع كون السَّلم بثمنٍ أوكس، فتفوتُ المصلحةُ الّتى شُرع السّلم من أجلها.

وبالتّالى: إنّ إجازة مثل هذا السّلم ربّما يستغلّها الدّائنون، بأنّه إذا حلّ الدّينُ على المديون، ولم يكن قادراً على أداءه، أسلم إليه الدّائنُ بدَينه فى حنطة مثلاً بثمنٍ أوكس، لأنّ السّلم يكون عادةً بثمنٍ أقلّ من القيمة السّوقيّة. وهذا عينُ قَلب الدَّين الّذى كرهه الكثيرون، وشدّد فيه الإمامان ابنُ تيميّة وابنُ القيّم رحمهما الله تعالى.

---

(١) إعلام الموقعين، بحث الحوالة، ١: ٣٣١

www.besturdubooks.wordpress.com

أمّا إذا كان مالُ ربّ السّلم موجوداً في يدِ المسلَم إليه قبل العقد، وأراد ربُّ السّلم أن يجعله رأسَ مال السّلم، فهل ينوب القبضُ السّابق عن القبض المستحَقّ في مجلس عقد السّلم؟ قال الحنابلةُ: إنّه ينوب عن ذلك ولايحتاج إلى قبض جديد.[1] أمّا الحنفيّة، ففرّقوا بين يدِ الضّمان ويد الأمانة. فقالوا: إن كان القبضُ السّابق قبضَ ضمان، كقبض الغاصب، جاز أن ينوب عن القبض المستحَقّ في مجلس السّلم، وإن كان قبضَ أمانة، كقبض الوكالة أو الوديعة، فإنّ القبضَ السّابق لايقوم مقامه، ويحتاج إلى تجديد القبض إن لم يكن حاضراً في مجلس العقد. وقد فصّلنا موقفَ الحنفيّة في هذاالصّدد تحت الشّرط السّابع من شرائط المبيع تحت عنوان "هل يكفي القبض السّابق على البيع؟"

٢٥٩ - السّلم بين البلدين

إن كان المتعاقدان في بلدين، ويُريدان أن يعقدا السّلم، فطريقُه عند الجمهور أن يُرسِل ربُّ السّلم مبلغَ رأس المال إلى المسلم إليه مقدّماً، ويكونُ هذا المبلغُ أمانةً عند المسلَم إليه، فلمّا تسلّمه، عقدا السّلمَ بطريق الهاتف، أو آلات الاتّصال الأخرى. وبما أنّ المبلغَ مقبوضٌ للمسلَم إليه قبل العقد، فلا يحتاجُ إلى قبضٍ جديد عند الحنابلة، وبما أنّه أمانةٌ، فإنّه يحتاجُ إلى قبضٍ جديدٍ عند الحنفيّة، ويتأتّى فيه ما قدّمنا في مبحث القبض من أنّ المقصودَ من القبض الجديدِ تحديدُ النُّقطة الّتي ينتقلُ فيها قبضُ الأمانة عن قبضِ الضّمان. أمّا عند المالكيّة، فيمكنُ أن يعقدا السّلمَ بطريق الهاتف وغيره، ثمّ يُرسِلُ ربُّ

(١) كشاف القناع، فصل الشرط السادس للسلم ٣: ٢٩١

www.besturdubooks.wordpress.com



السّلم رأسَ المال بحيثُ يَصِل إليه فى خلال ثلاثة أيّام. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٦٠- الشّروط فى المسلم فيه

أمّا الشّروط الّتى ترجِع إلى المسلَم فيه، فهي ما يأتى:

١- أن يكونَ جنسُ المسلم فيه معلوماً، مثل التّمر، أوالثّوب.

٢- أن يكون نوعُه معلوماً، مثلُ التّمر البرنيّ، وثوبُ الكتّان. فإن لم تختلف أنواعُ المسلَم فيه، فلا يشترط بيانُ النّوع.

٣- أن تكونَ صفتُه معلومة، مثل كونه جيّداً، أو وسطاً، أو رديئاً، وقد تُعورف فى زمننا أنّ الأنواعَ تُقسّم إلى الدّرجة الأولى والثّانية وغيرها، فإن كان كذلك، يُشترط بيانُ الدّرجة المطلوبة. وحاصلُ هذه الشّروط الثّلاثة أن ينضبط المسلَمُ فيه، بحيث لايبقى فى ضبطه احتمالُ النّزاع.

٤- أن يكون قدرُه معلوماً بالكيل أوالوزن أو العدد. قال النّبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم: "مَن سلّف فى تمر، فليُسلفْ فى كيلٍ معلوم ووزنٍ معلوم."[١]. ويُشترط أن يكون معيارُ القدر ممّا يؤمَن عليه فقدُه عن أيدى النّاس. فإن اشترط الكيلَ بمكيالٍ لايُعرف عيارُه بأن قال: "بهذا الإناء" ولم يُعرف كم يسعُ فيه، أو بحجرٍ لايُعرف عيارُه، ولايُعلم كَمْ وزنُه، أو بخشبةٍ لايُعرف قدرُها، أوبذراع يده، لايجوز السّلم.[٢]

---

(١) صحيح البخاري، أول كتاب السلم برقم ٢٢٣٩

(٢) بدائع الصنايع ٤: ٤٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٥- أن يكونَ المسلمُ فيه من المثليّات، فيجوز السّلمُ فى المكيلات، أو الموزونات، أو المذروعات، أو العدديّات المتقاربة الّتى لاتتفاوت آحادُها إلاّ تفاوتاً يسيرا يُتسامح في مثله عرفاً، كالجوز والبيض. وهذا قولُ الإمام أبى حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى. وقال الشّافعيّ رحمه الله تعالى: لايجوز السّلم فى الجوز والبيض عدداً، ويجوزُ وزناً، لأنّ ذلك يتباين ويختلف، فلم يجُزْ عدداً، كالبطّيخ.[١] وهو قول زفر رحمه الله تعالى.[٢] ودليلُ الجمهور أنّ التّفاوتَ بين صغير الجوز وكبيره يسيرٌ أعرض النّاس عن اعتباره، فلايُعتبر. ولهذا كان مضموناً بالمثل عند الهلاك، بخلاف الرُّمّان والبطّيخ، فإنّ التّفاوتَ فى آحادهما تفاوتٌ فاحش، ولهذا كان الضّمانُ فيهما بالقيمة. والظّاهرُ من كلام المالكيّة أنه يجوز السّلم فى الجَوز والبَيض عدداً، ولكن يُقاس حَجْم آحادها بمقياسٍ كالخيط وغيره.[٣]

وبما أنّ السّلم يجوز فى العدديّات المتقاربة، فإنّه يجوزُ فى السيّارات والدّرّاجات والطّائرات والثلاّجات والمكيّفات والأدوات المنْزليّة والكهربائيّة الّتى ينضبط نوعُها ووصفُها وموديلُها ولونُها، ونحوذلك من الأوصاف الّتى لها دخلٌ فى رغبة المشترين، ولا بأس بتعيين المصنع أو العلامة التّجاريّة، بشرط أن يكون المسلَمُ فيه عامَّ الوجود فى محلّه بحكم الغالب عند حلول أجله، كما سيأتى تفصيله فى الشّرط السّابع إن شاء الله تعالى.[٤]

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٢٧

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٤٤١

(٣) الشرح الكبير مع الدّسوقي ٣: ٢٠٧

(٤) المعيار الشّرعيّ رقم ١٠ بشأن السّلم والسّلم الموازى الصّادر من المجلس الشّرعيّ بند ٨/٢/٣

www.besturdubooks.wordpress.com

ولايجوز السّلمُ فى العدديّات المتفاوتة من الجواهر، واللآلئ، والجلود، والأدم، والرّؤوس، والأكارع والبطّيخ، والقثّاء، والرّمّان، والسّفرجل، ونحوها من العدديّات الّتى تتفاوت آحادُها، لأنّه لايمكن ضبطُها بالوصف، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالةٌ فاحشةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة.

٢٦١- السّلم فى الحيوان

وكذلك لايجوز السّلم فى الحيوان عندالحنفيّة،[١] وهو روايةٌ فى مذهب أحمد رحمه الله تعالى، وجوّزه الشافعيّة والمالكيّة[٢]، وهو ظاهرُ المذهب عند الحنابلة.[٣] لأنّ الجهالةَ فيه تزول ببيان الجنس والنّوع والصّفة والسنّ، فكان مضبوطَ الوصف. والتّفاوتُ فيما وراء ذلك لايُعتبر، ولهذا وجب ديناً فى الذّمّة فى النّكاح، فأشبه الثّياب. وقال الحنفيّة: إنّ بعدَ بيان هذه الأشياء يبقى بين فرسٍ وفرسٍ تفاوتٌ فاحشٌ فى الماليّة، فتبقى جهالةٌ مفضية إلى المنازعة، وإنّها مانعةٌ من صحّة العقد.

وأخرج عبدالرزّاق عن سيّدنا عمربن الخطّاب رضى الله تعالى عنه قال:

"إنّكم تزعُمون أنّا لانعلم أبوابَ الرّبوا، ولَأَن أكونَ أعلمُها أحبُّ إليّ من أن يكون لى مثلُ مصر وكُورها. ومن الأمور أمورٌ لايكُنّ يخفَيْن على أحد، هو أن يُبتاع الذّهبُ بالوَرِق نسيئةً، وأن يُبتاع الثّمرةُ وهى معصفرةٌ لم تطِبْ، وأن

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٤٢

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣: ٢٠٧

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣١٤

www.besturdubooks.wordpress.com

يُسلَم فى سِنّ."[1]

أمّا قياسُه على وجوبه فى النّكاح، فقال فيه الكاسانيّ رحمه الله تعالى: "والاعتبارُ بالنّكاح غيرُ سديد، لأنّه يتحمّل جهالةً لايتحمّلها البيع. ألاترى أنّه يصحُّ من غير ذكرالبدل، وببدلٍ مجهول، وهو مهرُ المثل، ولايصحّ البيع إلاّ ببدلٍ معلوم، فلا يستقيمُ الاستدلال."

٦- الشّرط السّادس عند الحنفيّة أن يكون المسلَمُ فيه موجوداً من حينِ العقد إلى حينِ المحلّ، حتّى لوكان منقطعاً عند العقد، موجوداً عند المحلّ، أو على العكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك، لايجوز السّلم. وهو قولُ الثّوريّ والأوزاعيّ رحمهم الله تعالى. وقال المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، لايُشترط ذلك، ويجوز السّلم إذا كان موجوداً عند المحلّ. واستدلّوا على ذلك بأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قدِم المدينة وهم يُسْلِفون فى الثّمار السّنةَ والسّنتين، فقال: "من أسلف فليُسلف فى كيل معلوم أووزن معلوم وأجل معلوم." ولم يذكر الوجود، ولوكان شرطاً لَذَكَره، ولنهاهم عن السّلف سنتين، لأنّه يلزم منه انقطاعُ المسلم فيه أوسطَ السّنة، ولأنّه يثبت فى الذّمّة، ويوجدُ فى محلّه غالباً، فجاز السّلم فيه كالموجود.

واستدلّ الحنفيّة بالأحاديث الّتى نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم فيها عن بيع الثّمرة حتّى يبدوَ صلاحُها، ولأنّ القدرةَ على التّسليم بالتّحصيل، فلابدّ من استمرار

---

(١) مصنف عبدالرزاق، باب السلف فى الحيوان ٨: ٢٦ رقم ١٤١٦١ وأخرجه البيهقيّ فى سننه الكبرى ٦: ٢٣ وقال: هذا منقطع. وقال الماردينيّ رحمه الله تعالى فى الجوهر النقيّ: "قد تقدم أن ابن سيرين أيضا رواه عن عمر، ومراسيل ابن سيرين صحيحة.

www.besturdubooks.wordpress.com

الوجود في مدّة الأجل ليتمكّن من التّحصيل.[١]

وقال الحنفيّة: ولو انقطع المسلمُ فيه بعد المحلّ، فربُّ السّلم بالخيار: إن شاء فسخ السّلم، وإن شاء انتظرَ وجودَه، لأنّ السّلم قد صحّ، والعجزُ الطّارئ على شرَف الزّوال، فصار كإباق المبيع قبل القبض.[٢]

٢٦٢- تعيين المسلم فيه بالمحلّ أو المصنع

٧-الشّرط السّابع: أن لا يكون المسلَمُ فيه معيّناً بمحلٍّ يُمكن أن ينقطع، مثل أن يُسلِم في ثمرة شجرةٍ بعينها، أو بُستانٍ بعينه. قال ابنُ قدامة رحمه الله تعالى: "لايجوز أن يُسلم في ثمرة بستانٍ بعينه، ولاقريةٍ صغيرة، لكونه لايؤمَن تلفُه وانقطاعه. قال ابنُ المنذر: إبطالُ السّلم إذا أسلم في ثمرة بستانٍ بعينه كالإجماع من أهل العلم، وممّن حفظنا عنه ذلك الثّوريّ، ومالك، والأوزاعيّ، والشافعيّ، وأصحابُ الرّأي وإسحق."[٣]

والدّليل على ذلك ما أخرجه ابن ماجه عن عبدالله بن سلام رضي الله تعالى عنه قال:

"جاء رجلٌ إلى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، فقال: إنّ بني فلانٍ أسلموا، لقومٍ من اليهود، وإنّهم قد جاعوا، فأخافُ أن يرتدّوا، فقال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: مَن عنده؟ فقال رجلٌ من اليهود: عندي كذا وكذا لشيئ قد سمّاه، أُراه قال: ثلاثمائة دينارٍ بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان. فقال رسولُ الله صلّى

(١) الهداية مع فتح القدير٦: ٢١٣ والمغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢ و٣٣٣

(٢) الهداية مع الفتح ٦: ٢١٤

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٢

www.besturdubooks.wordpress.com

الله عليه وسلّم: بسعر كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا، وليس من حائط بنى فلان."(١)

وهذا صريحٌ فى أنّ تسميةَ حائط مخصوص أو شجر مخصوص لايجوز فى السّلم، لأنّه لايُعرف هل يبقى ذلك الحائط أو تلك الشجرةُ إلى حُلول الأجل أولا. وعلى هذا لا يجوز السّلمُ فى منتَج مصنَع معيَن، أو شركة معيَنة لايؤمَن انقطاعُه. أمّا إذا كانت الشّركة الصّناعيّة كبيرةً، وكان الأجلُ قصيراً يؤمَن انقطاعُ القدرِ المسلَم فيه فى حدود ذلك الأجل، فينبغى الجواز. وذلك لأنّ الفقهاءَ منعوا السّلم فى ثمرة قرية معيّنة صغيرة، كما مرّ فى عبارة ابن قدامة. ومفهومُه أنّه إن كانت القريةُ كبيرةً بحيثُ يؤمَن انقطاعُ ثمرتها فى حدود الأجل المضروب، جاز السَّلم، لأنّ علّة المنع، وهيَ الانقطاع، لاتوجد فى تلك الصّورة. وقال ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى:

"بخلاف ما إذا أسلم فى حنطةٍ صعيديّة، أو شاميّة، فإنّ احتمالَ أن لا ينبُت فى الإقليم شيئٌ برُمّته ضعيف، فلا يبلغ الغرر المانع فى الصّحّة. ولذا قيّد بالقرية، احترازاً على الإقليم."(٢)

فظهر بهذا أنّ علّة فساد السّلم فى منتج مكان معيّن هو خشيةُ انقطاع المنتَج فى ذلك

---

(١) سنن ابن ماجه، باب السلف فى كيل معلوم ووزن معلوم حديث ٢٢٨٠ وفيه عنعنة الوليدبن مسلم، ولكن أخرجه ابن حبّان فى حديث طويل فى إسلام زيدبن سعنة، وقد صرّح فيه الوليد بن مسلم بالتحديث، وفيه: أنّ زيدبن سعنة قال لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم: هل لك أن تبيعنى تمرا معلوما من حائط بنى فلان إلى أجل كذا وكذا، فقال: لا يا يهودي! ولكن أبيعك تمرا معلوما إلى أجل كذا وكذا، ولاأسمّى حائط بنى فلان." (ترتيب ابن حبّان لابن بلبان ١: ٥٢٢)

(٢) البحر الرائق ٦: ٢٦٥

www.besturdubooks.wordpress.com

المكان. فإن وقع الأمنُ من ذلك، أو كان احتمال الانقطاع نادراً ضعيفاً، فلا يفسُد به السّلم.

و كذلك قد يكون ذكرُ مكانٍ معيّنٍ لبيان صفة المسلَم فيه، لا لكونه مصنوعاً أو ناتجاً في ذلك المكان بخصوصه، وإن أتى المسلمُ إليه بمصنوع أو ناتجٍ من غير ذلك المكان مستوفياً لصفاته، جاز السّلم، وأجبر ربُّ السّلم على قبوله. وكون المقصود صفةً، لا مكاناً، يتعيّن بالعُرف. قال ابنُ نُجيم رحمه الله تعالى:

"وفي الخلاصة وغيرها: ولو أسلم في حنطة الهراة لايجوز، وفي ثوب هراةَ، وذَكرَ شروطَ السّلم، يجوز، لأنّ حنطتَها يُتوهّم انقطاعُها، إذ الإضافةُ لتخصيص البُقعة، فيحصُل السَّلم في موهوم الانقطاع، بخلاف إضافة الثّوب، لأنّها لبيان الجنس والنّوع، لا لتخصيص المكان. وكذا لو أتى المسلمُ إليه بثوبٍ هَرويَ نُسِج في غير ولاية هراة من جنس الهرويّ، يعني من صفته ومؤنته، يُجبرُ ربُّ السّلم على قبوله. فظهر أنّ المانعَ والمقتضيَ العُرف. فإن تُعورف كونُ النّسبة لبيان الصّفة فقط، جاز، وإلاّ فلا. كذا في فتح القدير."(١)

أمّا السّلمُ في أسهم شركةٍ معيّنة، فقد منعه المجلس الشّرعيّ للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، لأنّ الشّركاتِ ممّا يمكنُ انقطاعُها أو تصفيتُها، فصار مثلَ السّلم في ثمرة بستان معيّن. وهناك علّةٌ أخرى لعدم جواز السّلم في أسهم الشّركات. وهيَ أنّ الأسهم، كما مرّ في تكييفها الشّرعيّ، حصّةٌ مُشاعةٌ في موجودات الشّركة.

---

(١) البحر الرائق ٦: ٢٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

وموجوداتُ الشّركة مجموعةٌ من النّقود، والدّيون، والأعيان غير المنقولة، والأعيانِ الّتى هيَ داخلةٌ فى العدديّات المتفاوتة، ولايجوز فيها السّلم. والله سبحانه أعلم.

٢٦٣- الشّروطُ التى ترجع إلى تسليم المسلم فيه

أمّاالشّروط الّتى ترجع إلى تسليم المسلَم فيه، فهيَ مايأتى:

الشّرط الأوّل عند الجمهور أن يكون تسليمُ المسلَم فيه مؤجّلاً.

فلا يصحّ السّلم الحالّ عند الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، لأنّ السّلم يُنبئ عن الدَّين، فالأجلُ داخلٌ فى معناه، ولقوله صلّى الله عليه وسلّم: "من أسلف فى شيئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم." وقال الشّافعىّ رحمه الله تعالى: يصحّ السّلم حالاً ومؤجّلاً، فإن أطلق عن الحلول والتّأجيل، وكان المسلمُ فيه موجوداً، انعقد حالاً، لأنّه إذا جاز السّلمُ مؤجّلا، فلَأن يجوزَ حالاً أولى، لبُعده عن الغرر. والمراد من الحديث "إلى أجلٍ معلوم" عنده هو العلمُ بالأجل، لا الأجلُ نفسُه.

والمقصودُ من السَّلم الحالّ عند الشافعيّة أنّ ربّ السّلم له حقُّ التسلُّم فى أيّ وقتٍ شاء بعد العقد، ويُشكل عليه أنّ ذلك ممكنٌ فى كلّ بيع، وإن لم يكن سلماً، فلا داعيَ لعقده بالسّلم. والجوابُ أنّ الشّافعيّةَ لايُجيزون بيعَ الشّيئ الغائب، إلاّ عن طريق السّلم الحالّ. فقد ذكر الخطيبُ الشربينيّ رحمه الله تعالى أنّ فائدةَ العُدول من البيع إلى السّلم "هو جوازُ العقد مع غَيْبة المبيع، فإنّ المبيعَ قد لايكون حاضراً مرئيّاً فلايصحّ بيعُه (أى عند الشافعيّة) وإن أخّره لإحضاره، ربّما فات على المشترى، ولايتمكّنُ من الانفساخ إذاهو

www.besturdubooks.wordpress.com

متعلّقٌ بالذّمّة.[١]

وعلى القول بالسّلم الحالّ يجوز أن يتأخّر تسليمُ المبيع إلى أيّ وقت إذا كان بتراضى الطّرفين. وكذلك يجوز أن يُضرب أجلٌ قصير، مثل يوم أو يومين.

٢٦٤- الشرط الثانى: أن يكون أجل التّسليم معلوما

الشّرط الثّانى: أن يكون أجلُ التّسليم معلوماً. وهذا القدرُ متّفق عليه بين الفقهاء، لقول الله سبحانه وتعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ [البقرة : ٢٨٢] ولقول الرّسول الكريم صلّى الله عليه وسلّم: "من أسلف فى شيئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم."[٢] أمّا كيفيّةُ الأجل، ففيه اختلاف فصّلناه فى مباحث البيع المؤجّل تحت عنوان "معلوميّة الأجل".

٢٦٥- أقلّ مدّة السّلم

ثمّ اختلف الفقهاء فى تحديد أقلّ مدّة فى تأجيل السّلم، لأنّه لم يرِد فيه نصّ. فرُوِيَ عن الإمام محمّدبن الحسن رحمه الله تعالى أنّه مقدّر بشهر، لأنّه أدنى الآجل وأقصى العاجل. ويقرُب منه مذهبُ الحنابلة حيث قالوا: "مِن شَرْط الأجلِ أن يكون مدّةً لها وَقْعٌ فى الثّمن، كالشّهر وما قاربه."[٣] وقد رُويت عن مشايخ الحنفيّة رواياتٌ مختلفة، منها مارُوِيَ عن الكرخيّ رحمه الله تعالى أنّه مقدارُ ما يمكن تحصيلُ المسلم فيه، وعنه أنّه يُنظر إلى مقدار المسلم فيه، وإلى عُرفِ النّاس فى تأجيل مثله، وقدّره

(١) مغنى المحتاج، كتاب السلم ٢: ١٣٨

(٢) صحيح البخاري، كتاب السلم، حديث ٢٢٤٠ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما

(٣) المغنى لابن قدامة ٤: ٣٣٠

www.besturdubooks.wordpress.com

بعضُهم بثلاثة أيّام قياساً على خيار الشّرط، وبعضُهم بنصف يوم. واختار صاحبُ الهداية وابنُ الهمام التّقديرَ بشهرٍ على قول الإمام محمّد رحمه الله تعالى.[1] وقدّر المالكيّةُ أدنى مدّة السّلم بنصف شهر.[2] أمّا الشّافعيّة، فليس عندهم أجلٌ مقدّر، بل إنّهم يجوّزون السّلم الحالّ، كما مرّ.

وبما أنّه ليس هناك نصٌّ فى تحديد مدّة السّلم، فإنّ المجلس الشّرعيّ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة لم يُحدّد مدّةً لأجل السّلم. فجاء فى المعيار الشّرعيّ للسّلم:

"يُشترط أن يكون أجل تسليم المسلَم فيه معلوماً على نحو يُزيل الجهالةَ المُفضية إلى النّزاع. ولامانع من تحديد آجال متعدّدة لتسليم المُسلَم فيه على دُفعاتٍ بشرط تعجيل رأس مال السّلم كلّه."[3]

وهذا مبنيٌّ على قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم "فليُسلف فى أجل معلوم" بدون تقييد الأجل بمدّة معيّنة. فظهر أنّ المقصود تعيينُ الأجل، سواءٌ أكان قصيراً أم طويلاً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٦٦ـ الشرط الثالث: أن يكون محلُّ التّسليم معلوما

الشّرط الثّالث: أن يكون محلُّ التّسليم معلوماً. قال أبو حنيفة والثّوريّ والشافعيّ فى روايةٍ عنه أنّه إن كان للمُسلَم فيه حَمْل ومُؤْنة، فيجب لصحّة السّلم أن يُذكر فى

(١) فتح القدير ٦: ٢١٨و ٢١٩

(٢) حاشية الدسوقي ٣: ٢٠٥

(٣) المعيار الشّرعيّ رقم ١٠ بند ٩/٢/٣

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد مكانُ التّسليم. وقال أبويوسف ومحمّد وأحمد والشّافعيّ في رواية أخرى إنّه لايُشترط ذكرُه في العقد، ويجبُ التّسليمُ في محلّ العقد،[1] وبه قال المالكيّة، غير أنّهم قالو: "الأفضل اشتراطُه."[2] لأنّ النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم لم يشترط ذلك حين أجاز السّلم، ولأنّ سبب وجوب الإيفاء هوالعقد، والعقدُ وُجد في هذاالمكان، فيتعيّن مكانُ العقد لوجوب الإيفاء فيه، كما في بيع العين.

وقال أبوحنيفة وغيرُه ممّن يشترط بيانَ المكان أنّ كونَ مكان التّسليم مكانَ العقد ليس من مقتضى العقد، بدليل أنّهما لو عيّنا مكاناً آخر جاز اتّفاقاً، ولو كان مقتضى العقد التّسليم في محلّ العقد، لكان ذلك تغييراً لمقتضى العقد، فكان ينبغي أن لايجوز. وإذا لم يتعيّن مكانُ التّسليم في العقد، بقي مجهولاً جهالةً مُفضيةً إلى المنازعة.

وأمّا إذالم يكن للمسلم فيه حمل ومُؤنة، ولم يُذكر محلُّ التسليم في العقد، فعن أبي حنيفة فيه روايتان: الأولى: أنّه لايتعيّن مكانُ العقد، ويُوفيه في أيّ مكان شاء، لأنّ ماليس له حمل ومؤنة لاتختلف قيمتُه باختلاف الأماكن، فلم تكن جهالتُه مُفضيةً إلى المنازعة. والرّواية الثّانيةُ عنه أنّه يتعيّن فيه مكانُ العقد كقول الصّاحبين. ومن المشايخ مَن جمع بينهما بأنّه إن لم يتنازعا، فإنّه يُوفيه في مكان العقد، وإن تنازعا، فإنّه يأخذه بالتّسليم حيثُ ما لقيه.[3]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٣٩

(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٠٤

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٤٥٠

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٦٧- الشرط الرابع: أن يُسلّم نفس المُسلم فيه بدون استبدال

والشّرط الرابع لجواز التّسليم عند الجمهور: أن يُسلّم نفسَ المسلم فيه. فلا يجوز استبداله بشيئٍ آخر، ولو برضا ربّ السّلم. لأنّ استبداله بشيئ آخر يؤدّى إلى بيع المسلَم فيه قبل قبضه، وهو لايجوز. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى:

"وأمّا بيعُ المسلَم فيه من بائعه، فهو أن يأخذ غيرَ ما أسلم فيه عوضاً عن المسلَم فيه، فهذا حرام، سواءٌ كان المسلَم فيه موجوداً أو معدوماً، وسواءٌ كان العَرض مثلَ المسلم فيه في القيمة، أو أقلَّ، أو أكثر. وبهذا قال أبوحنيفة والشّافعيّ."[١]

وحجّتهم في ذلك ما رواه أبوداود عن أبي سعيد الخدريّ رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "من أسلف في شيئ فلا يصرِفْه إلى غيره."[٢] وسكت عليه أبوداود، وأعلّه المنذريّ وغيره بعطيّة العوفيّ. وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى: "رواه الترمذيّ وحسّنه[٣]، وقال: لاأعرفه مرفوعاً إلاّ من هذاالوجه...وعطيّةُ العوفيّ ضعّفه أحمد وغيره، والترمذيّ يُحسّن حديثه. ورواه عبد الرزّاق موقوفاً على ابن عمر، قال: أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال: إذاأسلفت في شيئ فلاتأخذ إلاّ رأسَ مالك أوالّذي أسلفتَ فيه."[٤]

وبالتّالي، فإنّ أحاديثَ المنع عن البيع قبل القبض، وعن ربح مالم يضمَن، كلُّها تدلّ

---

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٣٤٢

(٢) سنن أبي داود، باب السلف يُحوّل، حديث ٣٤٦٨

(٣) يعني أخرجه في العلل الكبير، أبواب البيوع، باب ما جاء في السلف في الطّعام والتّمر، حديث ٣٤٦

(٤) فتح القدير ٦: ٢٣١

www.besturdubooks.wordpress.com



على ذلك، لأنّ المسلَم فيه فى ذمّة المسلم إليه مالم يقبضه ربُّ السلم، فإن باعه باع مالم يضمن.

وكما لايجوز استبدالُ المسلَم فيه من المسلَم إليه، لايجوز بيعُ المسلم فيه إلى ثالث قبل التّسلّم بالطّريق الأولى، لأنه بيعٌ قبل القبض.

أمّا الإمام مالك رحمه الله تعالى، فعنده تفصيلٌ دقيقٌ فى المسئلة، ولخّصه ابنُ رشد رحمه الله تعالى، فقال: " وأمّا مالك: فإنّه مَنَع شراءَ المسلَم فيه قبل قبضه فى موضعين: أحدُهما: إذا كان المسلَم فيه طعاماً، وذلك بناءً على مذهبه فى أنّ الذي يُشترط فى بيعه القبضُ هو الطّعام على ما جاء عليه النصّ في الحديث.

"والثّاني: إذا لم يكن المسلَمُ فيه طعاماً، فأخَذَ عوضَه المسلِم مالاً يجوز أن يُسلِم فيه رأسَ ماله، مثل أن يكون المسلمُ فيه عرضاً، والثّمنُ عرضاً مخالفاً له، فيأخذ المسلِم من المسلَم إليه إذا حان الأجل شيئاً من جنس ذلك العرض الّذى هو الثّمن، وذلك أنّ هذا يدخُله إمّا سلفٌ وزيادة، إن كان العرضُ المأخوذُ أكثرَ من رأس مال السّلم، وإمّا ضمانٌ وسَلف، إن كان مثلُه أو أقلّ.

"وكذلك إن كان رأسُ مال السّلم طعاماً، لم يجُز أن يأخذ فيه طعاماً آخرَ أكثر، لا من جنسه ولا من غير جنسه. فإن كان مثلَ طعامه في الجنس والكيل والصّفة، فيما حكاه عبد الوهّاب، جاز، لأنّه يحمله على العروض. وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطّعام المسلَم فيه طعاماً من صفته، وإن كان أقلّ جودةً، لأنّه عنده من باب البدل فى الدّنانير، والإحسان، مثل أن يكون له عليه قمحٌ فيأخذ بمكيلته شعيراً.

www.besturdubooks.wordpress.com

"وهذا كلُّه من شرطه عند مالك أن لا يتأخّر القبض،[١] لأنّه يدخله الدَّين بالدّين.

وإن كان رأسُ مال السّلم عيناً،[٢] وأخذ المسلِم فيه عيناً من جنسه، جاز ما لم يكن أكثرَ منه، ولم يتّهمه على بيع العين بالعين نسيئةً إذا كان مثلَه أو أقلّ،[٣] وإن أخذ دراهمَ في دنانير، لم يتّهمه على الصَّرف المتأخّر،[٤] وكذلك إن أخذ فيه دنانيرَ من غير صنف الدّنانير الّتي هي رأسُ مال السّلم.

وأمّا بيعُ السّلم من غير المسلَم إليه: فيجوزُ بكلِّ شيء يجوز التّبايُع به ما لم يكن طعاماً، لأنّه لا يدخله بيعُ الطّعام قبل قبضه."[٥]

٢٦٨- الشرط الخامس: تسليم المسلم فيه حسب الأوصاف المتّفق عليها

الشّرط الخامس: أن يقع التّسليمُ حسبَ المواصفات الّتى اتّفق عليها العاقدان فى العقد. فإن سلّم بغير هذه المواصفات، لم يصحّ التّسليم، إلاّ أن يرضى به ربُّ السّلم. فإن كان أردأ ممّا وقع الاتفاق عليه، لايصحّ التسليم إلاّ برضاربّ السلم اتفاقاً. وأمّا إن كان أجودَ منه فقد صحّ التّسليم، ويُجبر ربُّ السّلم على قبوله عند الإمام أبى حنيفة

(١) يعنى قبض بدل المسلم فيه عند حلول الأجل، وإلاّ فإنّه يستلزم بيع الدّين بالدّين.

(٢) المراد من العين فى اصطلاح المالكيّة النّقود

(٣) يعنى أنّ استبدال العرض المسلَم فيه بالنّقد الّذى كان ثمناً يستلزم أن يكون بيع النّقد بالنّقد نسيئة، ولكنّ مالكاً رحمه الله تعالى لم يُدخله فى بيع النّقد بالنّقد نسيئةً، وذلك لأنّ أصل العقد لم يكن فيه بيع النّقد بالنّقد، وإنّما طرأ عليه بالاستبدال وحينئذ لم يكن فيه نسيئة.

(٤) يعنى إن كان رأس مال السّلم دنانير، والمُسلمُ فيه عروضاً، ثمّ استبدل بتلك العروض دراهم، فالظّاهر أنّه صار بيع الدّراهم بالدّنانيروقبض الدّراهم متأخّر عن قبض الدّنانير، ولكنّ مالكاً رحمه الله تعالى أجاز ذلك، لأنّ أصل العقد لم يكن فيه بيع الدّنانير بالدّراهم، وإنّما جاءت الدّراهم بدلاً من العروض المسلَمفيه.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٠٥، ٢٠٦

www.besturdubooks.wordpress.com

وصاحبيه رحمهم الله تعالى. وقال زفر: لايُجبر على قبوله، لأنّ المسلمَ إليه متبرِّع على ربّ السلم في إعطاءه الزّيادة، والمتبرَّعُ عليه لايُجبر على قبول التّبرع، لما فيه من إلزام المنّة، فلايلزمه من غير التزامه.

وحجّةُ الأئمّة الثلاثة أنّ إعطاء الأجود مكانَ الجيّد في قضاء الدّيون لايُعدّ فضلاً وزيادةً في العادات، بل يُعدّ من باب الإحسان في القضاء، ولواحقِ الإيفاء، فإذا أعطاه الأجود، فقد قضى حقّ صاحب الحقّ وأجملَ في القضاء، فيُجبر على الأخذ.[1]

والظّاهرُ أنّ هذا إذا كان الأجودُ لايفوت به غرضُ ربّ السّلم. أمّا إذا كان الأجودُ بحيثُ يفوتُ به مقصودُه الّذي أراده بالعقد، فينبغي أن لايُجبر على قبوله كما قال زفر رحمه الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

٢٦٩ـ السّلم الموازي

وقد راج في بعض المؤسّسات الماليّة اصطلاحُ "السّلم الموازي". والمقصود منه أنّ المسلَم إليه بعد التزامِه بتسليم المسلَم فيه إلى ربّ السّلم في موعدٍ محدّد، قد يعقِد السّلمَ مع جهةٍ أخرى، يكون هُو فيه ربَّ السّلم. مثالُه: أنّ شركة ألف أسلمت مائة وعشرة آلاف في كمّيّة محدّدةٍ من القُطن تُسلّم إليها شركةُ ب في أوّل شهر يناير. وشركة ب في هذا العقد مُسلَمٌ إليها. ثمّ تُسلِمُ شركة ب مائةَ ألفٍ إلى أحد زارعي القُطن في نفس كمّيّة القُطن بالتزام التّسليم في أوّل شهر يناير. وشركة ب في هذا

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣٤ وليتنبه أنّ الكاساني رحمه الله تعالى ذكر هذه المسئلة في استبدال رأس المال بأجود أو أردأ، ثمّ ذكر في الأخير حكم استبدال المسلم فيه وقال فيه: " وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرنا. "

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد الثّانى ربّةُ السّلم، وزارعُ القُطن هو المسلَمُ إليه. ومقصودُ شركة ب أن تحصُل على الكمّيّة المطلوبة من القُطن فى أوّل شهر يناير، لتتمكّن من تسليمها إلى شركة ألف حسبَ العقد الأوّل، وتنتفعَ بالفرق بين رأس مال السَّلَمين. وإنّ هذا العقد الثّانيَ الّذى عقدته شركة ب مع زارع القطن يُسمّى "السّلم الموازى".

وإنّ السّلم الموازيَ بهذا الشّكل إنّما يجوزُ إن لم يكن هناك ربطٌ بين العقدين، وأن تكونَ الحقوقُ والالتزاماتُ النّاشئةُ عن السّلم الموازى مستقلّةً عن السّلم الأوّل، بمعنى أنّ زارع القُطن فى المثال المذكور إن أخلّ بالتزاماته فى السّلم الموازى، فإنّ المسلَم إليه فى السّلم الأوّل لايتحلّل من التزاماته، بل يجبُ عليه أن يُسلّم الكمّيّةَ المطلوبةَ من القُطن إلى ربّ السّلم الأوّل، (الّذى هو شركة ألف فى المثال المذكور) ولو اضطُرّ لذلك إلى شراءها من السّوق.

٢٧٠- توكيل المسلم إليه ببيع المسلم فيه

وقد يقع أنّ ربَّ السّلم يوكّل المسلَم إليه ببيع المسلم فيه نيابةً عن ربّ السّلم. فإن كان هذا التّوكيلُ مشروطاً فى عقد السّلم، فالبيع فاسد، لأنّه شرط يُخالف مقتضى العقد. أمّا إن لم يكن التّوكيلُ مشروطاً فى العقد، وقبضَ ربُّ السّلم المسلَم فيه، ثمّ وكّله بالبيع بدون شرطٍ سابق، فإنّه جائز، ولكن يجب أن يكون بعد أن يقبض ربُّ السّلم على المسلَم فيه. فإن باعه المسلَمُ إليه قبل قبض ربّ السّلم، صار البيعُ لنفسه، ولو كان باعه بنيّة النّيابة عن ربّ السّلم.[1] ولايُقال: إنّه بيع فضوليّ موقوف، لأنّ ربّ السّلم لم يملك المسلم فيه، فإنّه لايملكه إلاّ بعد القبض، فصار بيع المسلم إليه

(١) إمداد الفتاوى ٣: ٧٠ باب بيع السّلم، سؤال ٧٧

www.besturdubooks.wordpress.com



لنفسه، لأنّه هو المالك.

٢٧١- الاستصناع

ومن البيوع التي يتأخّر فيه التّسليم "الاستصناع". وعرّفه قدري باشا بقوله: "هو طلبُ عملِ شيئ خاصٍّ على وجهٍ مخصوص مادتّه من الصّانع."[١] ويمكنُ تعريفُه الاصطلاحيَ بأن نقول: "هو أن يطلُب المشتري من البائع أن يأتيَ له بشيئٍ مصنوعٍ بموادَّ من عنده موصوفٍ في الذّمّة، ويلتزمُ البائعُ بذلك لقاءَ ثمنٍ متّفق عليه."

وهو عقدٌ جائزٌ عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، وغيرُ جائز عند الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة، وفي قول زفر، رحمهم الله تعالى جميعاً، إلاّ أن يكون بطريق السّلم بشروطه المعروفة[٢]، وذلك لأنّه لايصحّ بيعاً، لكونه بيعَ ما ليس عندَ البائع، ولا إجارةً لأنّ الصّانعَ يصنع في مِلكه، ولا سَلماً لفوات شُروطه، فلايستقيم تقعيدُه على أحدٍ من العقود المشروعة، فلا يجوز.

أمّا الحنفيّة، فقالوا: إنّ ماذكره المانعون هو القياس، غير أنّنا تركنا القياسَ استحساناً لمكان التّعامل. قال الإمام برهان الدين رحمه الله تعالى: "وجوّزناه بتعامل النّاس، فإنّ النّاسَ يعاملون الاستصناع في هذه الأشياء من لَدُن رسولِ الله صلّى الله عليه وسلّم إلى يومنا هذا من غير نكيرٍ وردٍّ من الصّحابة رضي الله عنهم ولا من التّابعين. وتعاملُ النّاس من غير نكيرٍ وردٍّ من علماءِ كلّ عصرٍ حجّةٌ يُترك بها القياس، ويُخَصّ بها الأثر. ألاترى أنّ دخولَ الحمّام بالأجر جائزٌ استحساناً لتعامُل النّاس من غير نكيرٍ من علماء كلّ عصر،

(١) مرشدالحيران، مادة ٥٥٦

(٢) كشاف القناع ٣: ١٥٤ ومواهب الجليل للحطاب، كتاب السلم ٦: ٥١٧ و٥١٨ وفتح القدير ٦: ٢٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان القياسُ يأبى جوازه، لأنّ مدّةَ ما يمكُث في الحمّام وقدرَما يَستعمِل من الماء مجهول."[١]

ويُستأنَس لجواز الاستصناع بما صحّ عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه استصنع منبراً، فقد أخرج البخاريّ عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال: "أرسل رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم إلى فلانة، امرأةٍ من الأنصار، سمّاها سهل: مُرِي غلامَكِ النّجّار أن يعمل لي أعواداً أجلسُ عليهنّ إذا كلّمتُ النّاس. فأمَرَتْه، فعمِلها من طَرْفاء الغابة، ثمّ جاء بها، فأرسلتْ إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فأمر بها فوُضعت ههنا."[٢]

وكذلك رُويَ عن النبيّ الكريم صلّى الله عليه وسلّم أنّه استصنع خاتماً، كما جاء في كتاب الشّمائل للترمذيّ عن أنس رضي الله تعالى عنه قال: "لمّا أراد النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن يكتُب إلى العجم، قيل له: إنّ العجم لايقبلون إلاّ كتاباً عليه خاتَم، فاصطنع خاتماً، فكأنّي أنظر إلى بياضه في كفّه."[٣] والظّاهرُ أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم لم يصنعه بنفسه، وإنّما استصنع من آخر.

وإنّ الحديثين، وإن لم يكونا صريحين في أنّه كان مواعدةً أو معاقدةً، ولكنّ الظّاهرَ من التّعامل المستمرّ أنّه كان على وجه العقد.

والصّحيحُ من مذهب الحنفيّة أنّ الاستصناع معاقدةٌ، لامواعدةٌ محضة، لأنّ الإمام

---

(١) المحيط البرهاني ١٠: ٣٦٣

(٢) صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب الخطبة على المنبر، حديث ٩١٧ وراجع أيضا الأحاديث برقم ٤٤٨ و٩١٧ و٢٠٩٤ و٢٥٦٩

(٣) الشمائل للترمذيّ، باب ما جاء في ذكر خاتم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، حديث ٩١ وأصل الحديث أخرجه الشيخان وغيرهما

www.besturdubooks.wordpress.com

محمّدبن الحسن رحمه الله تعالى ذكرفيه القياس والاستحسان، وهما لايجريان فى المواعدة، ولأنّه جوّزه فيمافيه تعاملٌ دونَ ما ليس فيه، ولو كان مواعدةً، جاز فى الكلّ، وسمّاه شراءً، فقال: "إذارآه المستصنِع فهو بالخيار، لأنّه اشترى مالم يَرَه"، ولأنّ الصانعَ يملك الدّراهمَ بقبضها، ولوكانت مواعيدَلم يملكها.

ثمّ اختلفت تعبيراتُ الفقهاء الحنفيّة فى تكييف هذا العقد. فصحّح صاحبُ الهداية أنّه ينعقد بيعاً من البداية، وأنّ المعقودَ عليه هوالعينُ المصنوعُ، دُون العمل، والمعدومُ قد يُعتبر موجوداً حُكماً. وقال ابنُ الهمام تحته: "وحين لزم جوازُه، علمنا أنّ الشّارع اعتبر فيها المعدومَ موجوداً، وفى الشّرع كثيرٌ كذلك، كطهارة المستحاضة، وتسمية الذّابح إذا نسيها، والرّهن بالدّين الموعود، وقراءة المأموم."(١)

وذهب آخرون إلى أنّه إجارةٌ ابتداءً، وينعقد بيعاً قُبيل التّسليم. نقله ابن الهمام عن الذّخيرة، وجزم به الإمام برهان الدّين فى المحيط، فقال: "ينعقد إجارةً ابتداءً، ويصيرُ بيعاً انتهاءً متى سلّم قبل التّسليم بساعة، بدليل أنّهم قالوا إنّ الصّانعَ إذا مات قبل تسليم العمل، بطل الاستصناع، ولايُستوفى المصنوعُ من تركتِه، ولو انعقد بيعاً ابتداءً وانتهاءً، لكان لايبطُل بموته، كما فى بيع العين والسّلم، وقال محمّد رحمه الله تعالى: إن أتى به الصّانعُ، كان المستصنِعُ بالخيار، لأنّه اشترى شيئاً لم يَرَه، ولو انعقد إجارةً ابتداءً وانتهاءً، لم يكن له خيارُ الرّؤية، كما فى الخيّاط والصبّاغ، ولو كان ينعقد بيعاً عند التّسليم، لاقبلَه بساعة، لم يثبُت خيارُ الرّؤية، لأنّه يكون مُشترياً ما

(١) فتح القدير٦: ٢٤٢

www.besturdubooks.wordpress.com

رآه...فعلِمنا أنّها تنعقد إجارةً ابتداءً، وإن كان القياسُ يأباه، لأنّه إجارةٌ على عملٍ فى مِلك الآجر، ثمّ يصيرُ بيعاً انتهاءً قبل التّسليم بساعة، وإن كان القياسُ يأبى أن يصير الإجارةُ بيعاً، لكنّا تركنا القياسَ فى الكُلّ لمكان التّعامل. والمعنى فى ذلك أنّ المستصنِعَ طلب منه العملَ والعينَ جميعاً، فلا بدّ من اعتبارهما جميعاً. واعتبارُهما جميعاً فى حالةٍ واحدةٍ متعذّرٌ، لأنّ بين الإجارة والبيع تنافياً، فجوّزناها إجارةً ابتداءً، لأنّ عدمَ المعقود عليه لايمنعُ انعقادَ الإجارة، ويمنعُ انعقادَ البيع، فاعتبرناها إجارةً ابتداءً، وجعلناها بيعاً قبل التّسليم بساعة، توفيراً على الأمرين حظّهما، كما فعلنا هكذا فى الهبة بشرطِ العوض، اعتبرناها تبرّعاً ابتداءً عملاً باللفظ، بيعاً انتهاءً عملاً بالمعنى."[1]

٢٧٢- هل الاستصناع عقد لازم؟

ثمّ المشهورُ من الفقهاء الحنفيّة أنّ عقدَ الاستصناع عقدٌ غيرُ لازمٍ، بمعنى أنّ لكلّ واحدٍ من المتعاقدين الانفرادَ بالفسخ، كما فى الشّركة والمضاربة.[2] ولكن هل يلزم المستصنِعَ قبولُ المصنوع إن جاء به الصّانعُ حسبَ المواصفات المطلوبة؟ فيه خلاف. فقال الإمام أبوحنيفة ومحمّد رحمهما الله تعالى: للمشترى خيارُ الرّؤية، فيحقُّ له أن يردّه، لأنّه اشترى مالم يرَه، ولاخيارَ للصّانع حسب ظاهر الرّواية، وقال الإمام أبويوسف رحمه الله تعالى: لاخيارَ لأحدٍ منهما إن جاء الصّانعُ با لمصنوع على الصّفة المشروطة. قال الكاسانيّ رحمه الله تعالى:

---

(١) المحيط البرهانيّ ١٠: ٣٦٤و٣٦٥

(٢) المبسوط للسرخسي، كتاب البيوع، ١٢: ١٣٩و١٤٠

www.besturdubooks.wordpress.com

"وجهُ قول أبي يوسف أنّ الصّانعَ قد أفسد متاعَه وقطعَ جلده وجاء بالعمل على الصّفة المشروطة، فلو كان للمستصنعِ الامتناعُ من أخذِه لكان فيه إضرارٌ بالصّانع، بخلاف ما إذا قطعَ الجلدَ ولم يعملْ. فقال المستصنِع: لاأريد، لأنّا لاندرى أنّ العملَ يقع على الصّفة المشروطة أولا، فلم يكن الامتناعُ منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار."

ثمّ رجّح الكاسانيّ رحمه الله تعالى قولَ الطّرفين وقال:

" وقولُ أبي يوسف إنّ الصّانعَ يتضرّر بإثبات الخيار للمستصنِع مسلّمٌ، ولكنّ ضررَ المستصنِع بإبطال الخيار فوقَ ضررالبائع بإثبات الخيار للمستصنِع، لأنّ المصنوعَ إذا لم يُلائمْه وطولب بثمنه لايمكنه بيعُ المصنوعِ من غيره بقيمة مثله، ولايتعذّر ذلك على الصّانع لكثرة ممارسته، وانتصابه لذلك، ولأنّ المستصنِع إذا غرِم ثمنَه ولم تندفعْ حاجتُه، لم يحصُل ما شُرع له الاستصناع، وهو اندفاعُ حاجته."[١]

هذا كلُّه على أصل مذهب الحنفيّة من كون الاستصناع عقداً غير لازم. ولكن أفتى بعضُ المتأخّرين من علماء الحنفيّة بلزوم الاستصناع على الجانبين. وعلى هذا مشى التُمرتاشيّ والحصكفيّ رحمهما الله تعالى في تنوير الأبصار والدّرالمختار، فقالا:

"(صحّ) الاستصناع (بيعاً، لاعدةً) على الصّحيح، ثمّ فرّع عليه بقوله: (فيُجبر الصّانع على عمله، ولايرجع الآمر عنه)"

وذكر ابنُ عابدين رحمه الله تحته أنّ المصنّف والشّارح تَبِعا في ذلك "الدُّرر

---

(١) بدائع الصنائع، كتاب الاستصناع ٤: ٩٥و٩٦

www.besturdubooks.wordpress.com

والغُرر" و"مختصرَ الوقاية"، ثمّ ذكر أنّه مخالفٌ لما فى عدّة كتب الحنفيّة أنّه لاجبرَ فيه، وأوّله بأنّه إذا صار الاستصناعُ سلماً بتحديد الأجل بشهرٍ أو أكثر، فيلزمُ على الطّرفين، لأنّ السّلمَ عقدٌ لازم. ولكنّ حملَ العبارة المذكورة على كونه سلماً بعيدٌ جدّا. ثمّ ذكر لهذا القول وجهاً آخر، وهو أنّه قد صرّح فى الهداية أنّه لاخيارَ للصّانع بعد ما رآه المستصنع، فالظّاهر أنّ هذا منشأُ توهّم المصنّف وغيره.[1]

ولكن أخذ مدوّنو مجلّة الأحكام العدليّة بقول اللّزوم حسبَ ما جاء فى تنوير الأبصار وغيره، وبقول أبى يوسف رحمه الله تعالى فى أنّ المستصنِع لاخيارَ له بالرّؤية، فقالوا فى مقدّمتها:

"وعند الإمام الأعظم أنّ المستصنِعَ له الرّجوعُ بعد عقد الاستصناع، وعند الإمام أبى يوسف رحمه الله أنّه إذا وُجد المصنوعُ موافقاً للصّفات الّتى بُيّنت وقتَ العقد، فليس له الرّجوع. والحالُ أنّه فى هذا الزّمان قد اتُّخذت معاملُ كثيرةٌ تُصنعُ فيها المدافعُ والبواخرُ ونحوُها بالمقاولة، وبذلك صار الاستصناعُ من الأمور الجارية العظيمة. فتخييرُ المستصنِع فى إمضاء العقد أو فسخِه يترتّب عليه الإخلال بمصالحَ جسيمة، وحيثُ إنّ الاستصناعَ مستنِدٌ إلى التّعارف، ومقيسٌ على السّلم الشّرعيّ على خلاف القياس بناءً على عُرف النّاس، لزم اختيارُ قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فى هذا مراعاةً لمصلحة الوقت."[2]

---

(۱) راجع الدرالمختار مع ردّالمحتار ۱۵: ۴۰۷و۴۰۸ فقره ۲۴۸۵۲

(۲) تقرير أصحاب المجلّة المقدّم إلى الصدر الأعظم فى بداية مجلّة الأحكام العدليّة ص ۱۴

www.besturdubooks.wordpress.com

وعلى هذاالأساس نصّت المادة ٣٩٢ من المجلّة ما يأتي:

"إذا انعقد الاستصناعُ فليس لأحد العاقدين الرّجوع. وإذالم يكن المصنوعُ على الأوصاف المطلوبة المبيّنة، كان المستصنعُ مخيّراً."

واعتُرض على هذه المادّة من المجلّة أنّ الأخذَ بقول أبي يوسف في نفي خيار الرّؤية لايستلزمُ كونَ العقد لازماً، لأنّ الإمام أبايوسف رحمه الله تعالى لايرى العقدَ لازماً، ويجوز عنده أن يفسُخ أحدُ الطّرفين العقدَ قبل إتمام العمل، كما سبق في عبارة البدائع، حيثُ جوّز أبويوسف رحمه الله تعالى للمستصنِع أن يفسُخ العقدَ بعد قطع الصّانع جِلدَه، وإنّما يجعله الإمام أبويوسف لازماً بعد ما رآه المستصنع، وأقرّه بعد إتمام العمل. وجعله أصحابُ المجلّة عقداً لازماً، زعماً منهم بأنّه قولُ أبي يوسف.

ولدفع هذا الاعتراض فسّر العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى أولَ هذه المادّة في شرح المجلّة بعينِ ما فسّر به ابنُ عابدين قولَ تنوير الأبصار من أنّه إنّما يلزم إن عُقد سلماً. وقال: "ينبغي أن تُحمَل الفقرةُ الأولى من المادّة على هذاالمراد، لموافقته للنّصوص المعتبرة."[1]

ولكنّ الّذي يظهر أنّ أصحابَ المجلّة جعلوه عقداً لازماً من البداية، وليس بعد إتمام العمل فقط، ووجّهوه بأنّه قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالى، لأنَ أبايوسف رحمه الله تعالى رُويت عنه في لزوم العقد رواياتٌ مختلفة. قال الإمام برهان الدّين رحمه الله تعالى: "الرّواياتُ في لزوم الاستصناع وعدمِ اللّزوم مختلفة" ثمّ قال:

---

(١) شرح المجلّة للأتاسي ٢: ٤٠٧

www.besturdubooks.wordpress.com

"قال أبو يوسف أولاً: يُخيّرُ المستصنِع دون الصّانع، وهو روايةٌ عن أصحابنا رحمهم الله تعالى. ثم رجع أبويوسف عن هذا، وقال لاخيارَ لواحدٍ منهما، بل يُجبرُ الصّانعُ على العمل، ويُجبر المصنوع (كذا فى المطبوع، والظاهرأنّ الصّحيح "المستصنع") على القبول. وجهُ ما رُوي عن أبى يوسف أنّه يُجبر كلَّ واحدٍ منهما: أمّا الصّانع، فلأنّه ضمِن العمل، فيُجبرُ على العمل. وأمّاالمستصنِع، فلأنّه لو لم يُجبر على القبول، يتضرّر به الصّانع."[١]

فظهر بهذا أنّ كونَ العقد لازماً هو الّذى رجع إليه أبويوسف رحمه الله تعالى. فلعلّ أصحابَ المجلّة أخذوا بهذا القول نظراً إلى المشاريع الكبيرة الّتى تحتاجُ إلى عقدٍ باتٍّ لازم، كما صرّحوا به فى التّقرير المذكور، ونظراً إلى أنّ الصّحيحَ عند الحنفيّة إمّا كونُ الاستصناع بيعاً من البداية، أو إجارةً ابتداءً وبيعاً انتهاءً، كما أسلفنا، وكلٌّ من البيع والإجارة عقدٌ لازم،[٢] وبما أنّ العقدَ إنّما شُرع بالتّعامل، فلو وقع التّعاملُ على لزومه، وخاصّةً فى المشروعات الكبيرة، فليس هناك مانعٌ شرعيّ. وعلى هذا لاداعيَ لنسبةِ السّهو والتوهّمِ إلى "تنوير الأبصار" و"الدّرر والغرر" و"مختصر الوقاية"، فإنّ ما نصّوا به يمكن حملُه على هذا القول لأبى يوسف رحمه الله تعالى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) المحيط البرهاني ١٠: ٣٦٥

(٢) غير أنّ الإجارة تُفسخ بالأعذار، فيجب على القول بلزوم الاستصناع أن يجوز الفسخ من طرف واحد لعذر كما فى الإجارة، وراجع لتفصيل الأعذار المحيط البرهاني،١١: ٣٧٠ كتاب الإجارة، فصل ١٨

www.besturdubooks.wordpress.com

٢٧٣- شروط صحّة الاستصناع

ويجب لصحّة الاستصناع أن تتوافر فيه شروطٌ نذكرها ومايتعلّق بها فيما يلي:

الشّرط الأوّل: أن يكونَ المعقودُ عليه ممّا يحتاج إلى صَنعة، فلا يمكن الاستصناعُ فيما لاصنعةَ فيه، مثلِ الحنطة أو الشّعير أوالمنتجات الزّراعيّة الأخرى.

٢٧٤-والشّرط الثاني: أن يحدَّد المعقودُ عليه بمواصفاتٍ منضبطة، فلا يجوز أن يكون محلُّ الاستصناع شيئاً معيّناً بذاته، مثل سيّارةٍ معيّنة.

٢٧٥-والشّرط الثّالث: أن لايُضرب لتسليم المعقود عليه أجلٌ للاستمهال. فإن ضُرب له أجلٌ فيما لاتعامُل فيه، صار سلماً باتفاق أئمّة الحنفيّة. وأمّا إذا ضُرب أجلٌ في ما فيه تعاملٌ للنّاس بالاستصناع، صار سلَماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. فيُشترط تعجيلُ رأس المال. خلافاً لصاحبيه، فإنّه لايصيرُ سَلماً عندهما. ولكن ذكر مشايخُ الحنفيّة أنّ هذا الخلافَ فيما إذا كان الأجلُ للاستمهال من الصّانع. أمّا إذا كان للاستعجال، فلا يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً. قال السّرخسيّ رحمه الله تعالى:

"وهذا إذا كان ذكرُ المدّة على سبيل الاستمهال. أمّا إذا كان على سبيل الاستعجال، بأن قال: على أن يفرُغ منه غداً أو بعد غدٍ، فهذا لايكون سلماً، لأنّ ذكر المدّة للفراغ من العمل، لالتأخير المطالبة بالتّسليم. ألاترى أنّه ذكر أدنى مدّةٍ يمكنه الفراغُ فيها من العمل. ويُحكى عن الهندوانيّ قال: إن كان ذكرُ المدّة من قِبَل المستصنع، فهو للاستعجال، ولايصيرُ به سلماً، وإن كان الصّانعُ هو الّذي ذكر المدّة، فهو سَلَمٌ، لأنّه يذكر على سبيل الاستمهال. وقيل: إن ذَكَر

www.besturdubooks.wordpress.com

أدنى مدّةٍ يتمكّنُ فيها من الفراغ من العمل، فهو استصناع، وإن كان أكثرَ من ذلك، فهو سَلَم، لأنّ ذلك يختلف باختلاف الأعمال، فلايمكن تقديرُه بشيئ معلوم."[1]

وحاصله أنّ مقصودَ المسلَم إليه في السّلم أن يحصُل على نقدٍ حالاً، لينتفعَ به في حاجاته إلى الأجل المضروب. فمقصودُ ضربِ الأجل هو الاستمهال للانتفاع بالنّقود، فإن ضُرب الأجلُ في الاستصناع لعَينِ هذا المقصودِ صار سلماً. أمّا إذا ضُرب الأجلُ للتّمكن من إعداد المصنوع حسبَ المواصفات، وليس المقصودُ الانتفاعَ بالنّقود إلى ذلك الأجل، فهذا التّأجيلُ من طبيعةِ العقد، وهو الّذي ذكروا فيه أنّه للاستعجال، لا للاستمهال. وينبغي أن يُراعى في تحديد مدّة الاستعجال أنّ الصّانعَ عنده طلباتٌ من عدّة مستصنعين، وهو يُعِدّ المصنوعات المطلوبة منهم واحداً تِلو الأخرى. فإن حدّد مدّةً يفي بطلبِ المستصنعِ بعدَ الإيفاء بطلباتٍ أخرى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٧٦- الشّرط الرّابع: أن يُعقدَ الاستصناعُ فيما فيه تعاملٌ بالاستصناع. فما ليس فيه تعامل، لايجوزُ فيه الاستصناع. وهذاالشّرطُ ذكره جميعُ فقهاء الحنفيّة،[2] لأنّ الاستصناعَ إنّما شُرِع على أساس التّعامل، فلو لم يكن هناك تعاملٌ، فُقِد مبرِّرُه، فلم يجُزْ. ولذلك قالوا: لايجوز الاستصناع لنَسْج الثّياب.

ثمّ لو وقع الاستصناعُ على ما لاتعاملَ فيه، وذُكر فيه الأجلُ على سبيل الاستعجال، أو

---

(١) المبسوط للسرخسي، كتاب البيوع ١٢: ١٤٠

(٢) راجع مثلاً ردّالمحتار ١٥: ٤٠٣

www.besturdubooks.wordpress.com

لم يُذكر الأجل، اضطربت فيه عباراتُ المتأخّرين. فالمفهومُ من اشتراط التّعامل لصحّة الاستصناع أن لايصحَّ فيما ليس فيه تعاملٌ أصلاً. ولكن جاء في الدّرّ المختار:

"ولم يصحّ فيما لم يُتعامل فيه، كالثّوب إلاّ بأجل كمامرّ (يعنى أنّه يكون سلماً) فإن لم يصحّ، فسد إن ذُكرالأجلُ على وجه الاستمهال، وإن للاستعجال، كعلى أن تفرغه غداً، كان صحيحاً."

وظاهرُه أنّ الاستصناعَ يصحّ في ما لاتعامُل فيه إن كان الأجلُ للاستعجال، ولهذا قال ابنُ عابدين تحته:

"وظاهرُه أنّه لو لم يذكر أجلاً أصلاً فيما لم يَجْرِ فيه تعاملٌ، صحّ، لكنّه خلافُ ما يُفهم من المتن، ولم أره صريحاً، فتأمّل."[١]

وكذلك جاء في المادّة ٣٨٩ من مجلّة الأحكام العدليّة:

"كلّ شيئٍ تعومل استصناعُه، يصحّ فيه الاستصناع على الإطلاق. وأمّا ما لم يُتعامل باستصناعه، إذا بُيّن فيه المدّةُ صار سلَماً، وتُعتبر فيه شرائط السّلم. وإذا لم يُبيّن فيه المدّة، كان من قبيل الاستصناع أيضاً."

وظاهرُه أنّ الاستصناعَ جائزٌ فيما لاتعامُلَ فيه إن لم تُذكر المدّةُ في العقد. وعلى هذا لايبقى هناك فرقٌ بين ما فيه تعاملٌ وما لاتعاملَ فيه. وقد حلّ العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى هذا الإشكالَ في شرح المجلّة، فقال:

"وإن لم يُبيّن فيه (أي في الاستصناع) مدّة، فهو استصناعٌ فاسد منهيٌّ عنه، فهو

(١) ردّالمحتار ١٥: ٤١١ فقره ٢٤٨٦٣

www.besturdubooks.wordpress.com

وإن كان فاسداً، لكن بعد وقوعه يأخذُ حكمَ الصّحيح، وقد أشارت المجلّة إلى هذا بقولها: "كان من قبيل الاستصناع" أى تجرى فيه أحكامُ الصّحيح، وإن لم يكن استصناعاً مشروعاً. والّذى يظهر للعبد الضّعيف زلّةُ قلم بعض الشرّاح هنا حيثُ ظنّ من عبارة المجلّة "كان من قبيل الاستصناع أيضاً" ومِن أخذِه أحكامَ الصّحيح أنّه قولٌ فى المذهب بأنّه صحيح، وأنّ المجلّة اختارته، مع أنّه مصادمٌ لِما أجمعوا عليه من أنّ الاستصناعَ لايكونُ إلاّ فى ما فيه تعامل. وبعضهم، وهو الفاضل على حيدرِ آفندى، اعترض عليه وعلى المجلّة ظانّاً أنّه حيثُ كان فاسداً، لايصحّ وقوعُه استصناعاً. وهذا وهمٌ. والحقيقةُ أنّ المجلّة لم تغلط بقولها "كان من قبيل الاستصناع أيضاً" لأنّ من العقود ما يكون فاسداً منهيّاً عنه، وبعد وقوعه يأخذ حكمَ الصّحيح، كالمبيع بعقد فاسد يدخل فى ملك المشترى بالقبض، والرهنُ الفاسد بشيوعٍ أو غيره إذا كان سابقاً على الدَّين يأخذ حكمَ الصّحيح بعد وقوعه، حتّى لو نقض الراهنُ العقدَ بحكم الفساد وأراد استردادَ المرهون، كان للمرتهن حقٌّ حبسه حتّى يؤدّى إليه الرّاهنُ ما قبض، وإذا مات الرّاهن، وعليه ديونٌ كثيرةٌ، فالمرتهنُ أولى من سائر الغرماء. قال فى التنوير: "كلّ حكمٍ فى الرّهن الصحيح، فهوالحكم فى الرّهن الفاسد" فعُلم من هذا أنّه لايلزم من عدم جواز إيقاع الفاسد أن لايترتّب عليه حكمٌ بعد وقوعه. يُشير إلى هذا عبارةُ المجلّة: كان من قبيل الخ"[1]

---

(١) شرح المجلّة للأتاسيّ ٢: ٤٠٤و٤٠٥

www.besturdubooks.wordpress.com



وهذا كلامٌ متينٌ جداً، وبه تنطبق النّصوص الفقهيّة الّتى ذكرناها، والله سبحانه أعلم.

٢٧٧- المراد من التّعامل فى الاستصناع

وممّا ينبغى ذكره تعيينُ المراد بالتّعامل المشروط لصحّة الاستصناع. هل يجب لتحقّق ذلك أن يكون فيه تعاملٌ منذ عهد الصحابة والتّابعين، أم يُعتبر التّعامل الحادث أيضاً؟ لم أرَ فيه تصريحاً من قِبل أصحاب المذهب فى مبحث الاستصناع. ولكن تعرّض له ابنُ عابدين رحمه الله تعالى فى رسالته "نشر العَرف"، فقال:

"فإن قلت: إنّ ما قدّمتَه من أنّ العرف العامّ يصلُح مخصِّصا للأثر ويُترك به القياس، إنّما هو فيما إذا كان عامّاً من عهد الصّحابة ومَن بعدهم، بدليل ما قالوا فى الاستصناع: إنّ القياسَ عدمُ جوازه، لكنّا تركنا القياس بالتّعامل به من غير نكيرٍ من أحد الصّحابة، ولا من التّابعين، ولا من علماء كلّ عصر، وهذا حجّةٌ يترك به القياس؛ قلت: مَن نَظرَ إلى فروعهم عَرفَ أنّ المراد به ما هو أعمُّ من ذلك. ألا ترى أنّه نُهيَ عن بيع وشرط، وقد صرّح الفقهاء بأنّ الشّرط المتعارَف لا يُفسِد البيعَ، كشراء نعلٍ على أن يحذوها البائع، أى يقطعها. ومنه ما لو شرى ثوبا أو خُفّا خَلِقًا على أن يرقّعه البائع ويخرِزه ويسلّمه، فإنّهم قالوا يصحّ للعرف. فقد خصّصوا الأثرَ بالعُرف، وإنّما يصحّ دعواكَ تخصيصَ العُرف العامّ بما ذكرته إذا ثبت أنّ ما ذُكر من هذه المسائل

www.besturdubooks.wordpress.com

ونحوها كان العُرف فيها موجوداً زمنَ المجتهدين من الصّحابة وغيرهم، وإلاّ فيبقى على عمومه مراداً به ما قابلَ العرف الخاصّ ببلدة واحدة، وهو ما تعامله عامّةُ أهل البلاد، سواءٌ كان قديماً أو حديثاً."[1]

ومعنى ذلك أنّ العُرفَ الحادثَ معتبرٌ كالعُرف القديم. وعلى هذا جرى به عملُ العلماء فى كلّ زمان، لأنّ ماصرّحوا بجواز الاستصناع فيه بالتّعامل، مثل أوانى الحديد والرّصاص والنّحاس والزّجاج والخِفاف والنّعال ولُجُم الحديد للدوابّ ونصول السّيف والسّكاكين والقِسِيّ والنّبال والسّلاح كلّه والطّشت والقمقمة،[2] لم يثبُت فى كلّ واحدٍ واحدٍ من هذه الأشياء التّعاملُ منذ عهد الصّحابة والتّابعين، وإنّما جرى فيها التّعاملُ شيئاً فشيئاً، وقد حكمَ العلماءُ بالصحّة فى كلّ ما جرى به التّعامل فى عهدهم، ولذلك ذكر أصحابُ المجلّة الاستصناعَ فى ما يُصنع فى المعامل الجسيمة من المدافع والبواخر. وظاهرٌ أنّها لم تكن موجودةً فى عهد الصّحابة والتّابعين. وكذلك جرى العملُ اليوم بالاستصناع فى المبانى الكبيرة وغيرها من غير إنكار العلماء، فظهر أنّ التّعاملَ الحادثَ معتبرٌ فى جواز الاستصناع.

وعلى هذا، ماصرّحوا فيه بعدم جواز الاستصناع لفقدِ التّعامل، مثل الثّياب، لو جرى باستصناعها التّعاملُ، ينبغى أن يجوزَ فيها الاستصناع. قال ابنُ عابدين رحمه الله تعالى:

"البابُ الثّانى فيما إذا خالف العُرفُ ما هو ظاهرُ الرّواية، فنقول: إعلم أنّ

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف ٢: ١٢٤ و ١٢٥

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٩٤

www.besturdubooks.wordpress.com

المسائل الفقهيّة إمّا أن تكون ثابتةً بصريح النّصّ وهي الفصل الأوّل، وإمّا أن تكون ثابتةً بضرب اجتهاد ورأي، وكثيرٌ منها يبنيه المجتهدُ على ما كان في عُرف زمانه، بحيثُ لو كان في زمان العرف الحادث، لقال بخلاف ما قاله أوّلاً، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد إنّه لا بدّ فيه من معرفة عادات النّاس، فكثيرٌ من الأحكام تختلف باختلاف الزّمان، لتغيّر عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزّمان، بحيثُ لو بقي الحكم على ما كان عليه أوّلاً للزم منه المشقّة والضّرر بالنّاس، ولخالف قواعدَ الشّريعة المبنيّة على التّخفيف والتّيسير ودفعِ الضّرر والفساد لبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخَ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضعَ كثيرةٍ بناها على ما كان في زمنه، لعِلمهم بأنّه لو كان في زمنهم، لَقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه."[1]

فإن قيل: إنّ التّعامل يحدُث شيئاً فشيئاً. فمَن عقدَ الاستصناع لأوّل مرّةٍ فيما لم يجْرِ فيه التّعاملُ حينئذٍ، ينبغي أن لايجوز، وكذلك من تَبعه، فالجواب على ما أسلفنا عن العلاّمة خالد الأتاسيّ رحمه الله تعالى من أنّ من العقودِ ما يكون فاسداً منهيّاً عنه، وبعد وقوعه يأخذُ حكمَ الصّحيح، كالمبيع بعقدٍ فاسدٍ يدخُل في ملك المشتري بالقبض. فمالم يثبت التّعامل العامُّ يُنهى عنه، ولكنّه بعد وقوعه يأخذُ حُكمَ الصّحيح، إلى أن يثبُت فيه التّعامل، فيخرج من قبيل المنهيّات أيضاً.

ومقتضى هذا أنّ ماصرّحوا بعدم جواز الاستصناع فيه لعدم التّعامل، كالثّياب، لو

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين رحمه الله تعالى، رسال "نشر العرف" ٢: ١٢٥

www.besturdubooks.wordpress.com

جرى فيه التّعامل، جاز فيه الاستصناع. وقد حدث هذا فى زماننا، إذ تُجّارُ الثّياب، ولاسيّما تُجّارُ الأقمشة الجاهزة، يستصنعونها من المعامل والمصانع، وإنّ المعاملَ إنّما تصنعُ الأقمشةَ حسب ما تتسلّم الطّلباتِ منهم، فينبغى جوازُ ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وقد نحا العلاّمة الشّيخ فتح محمد اللكنويّ (تلميذ الإمام عبدالحيّ اللكنويّ رحمهما الله تعالى) منحىً آخر، فقال: إنّ اشتراطَ العُرف لجواز الاستصناع مبنيٌّ على قول الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى الّذى يُثبِت خيار الرّؤية للمستصنِع، فإنّ الصّانعَ ربّما يتضرّر بالرّدّ، فلم يجُز إلاّ ما فيه تعامل. أمّا على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الّذى يجعل العقد لازماً، ولايُثبت خيارَ الرّؤية إذا كان المصنوعُ موافقاً للمواصفات، فلا ضررَ فيه على الصّانع، فلا يُشترط العرفُ والتّعامل.[1] والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٧٨- أحكام المصنوع

١- يجبُ أن يكون المصنوعُ موافقاً للمواصفات الّتى اتّفق عليها الطّرفان، ولايجوز أن يُعقد الاستصناعُ على شيئٍ معيّنٍ مصنوعٍ من قبلُ.

٢- إذا وقع العقدُ على أساس المواصفات، لاعلى شيئٍ معيّن، ولكن أتى الصّانعُ عند التّسليم بشيئٍ مصنوعٍ من قبلُ، جاز إن كان موافقاً للمواصفات المعقود عليها. قال الحصكفيّ رحمه الله تعالى: "فإن جاء الصّانعُ بمصنوعٍ غيرِه، أو بمصنوعه قبل

(١) عطر هداية ص١١٢

www.besturdubooks.wordpress.com

العقد، فأخذه صحيح."[1]

٣- والمصنوعُ قبلَ التّسليم مِلكٌ للصّانع، ولهذا ذكر الفقهاءُ أنّه يجوزُ له أن يبيعَه من غيره، كما في الدّرّ المختار: "فصحّ بيعُ الصّانع لمصنُوعِه قبل رُؤْيةِ آمره." وعلّق عليه ابنُ عابدين بقوله: "الأولى: قبل اختياره، لأنّ مدارَ تعيّنه له على اختياره، وهويتحقّق بقبضه قبل الرّؤية."[2] ولكن ينبغي أن يُقيّد جوازُ البيع من الغير بشرط أن يتمكّن الصانعُ من تسليم مثلِه إلى المستصنع في موعده، فإن لم يتمكّنْ، لايجوزُ له بيعُه إلى غير المستصنع، لا لأنّه ليس مِلكاً له، بل لأنّه يؤدي إلى عدم التّسليم إلى المستصنِع في موعده المعقود عليه، وقد مرّ ترجيحُ أنّ الاستصناع عقدٌ لازم، ويجوز ضربُ الأجل فيه للاستعجال.

٤- إنّ المصنوعَ قبل التّسليم مضمونٌ عليه، فيتحمّل الصّانعُ جميعَ تبعاتِ الملك من صيانته وحفظه، فإن هلك قبل التّسليم هلك من مال الصّانع.

٥- وبما أنّ المصنوعَ ملكٌ للصّانع، وليس مِلكاً للمستصنِع قبلَ التّسليم، فلا يجوز للمُستصنِع أن يبيعَه قبل أن يُسلَّم إليه.

٦- تبرأ ذمّةُ الصّانع بتسليم المصنوعِ إلى المستصنع، أو تمكينِه منه بالتّخلية، أو تسليمِه إلى من يُحدّده المستصنع وكيلاً عنه في القبض، وبهذا ينتقل ضمانُ المصنوع من الصّانع إلى المستصنع.

٧- إذا كان المصنوعُ وقتَ التّسليم غيرَ مطابق للمواصفات، فإنّه يحقٌّ للمستصنع أن

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار ١٥: ٤٠٩

(٢) ردالمحتار ١٥: ٤٠٩ فقره ٢٤٨٥٨

www.besturdubooks.wordpress.com

يرفُضَه، أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء، ويجوز للطّرفين أن يتصالحا على القبول، ولو مع الحطّ من الثّمن. أمّا إذا كان موافقاً للمواصفات، فليس فيه خيارُ الرؤية للمستصنع.

٨- يجوز التّسليمُ قبل الأجل، بشرط أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات لأنّ الأجلَ فيه للاستعجال لا للاستمهال كما مرّ.

٩- إذا امتنع المستصنِعُ عن قبض المصنوع بدون حقٍّ بعد التّخلية من الصّانع وتمكينه من القبض، يكونُ المصنوع أمانةً فى يد الصّانع، لايضْمَنه إلاّ بالتعدّى أو التّقصير، ويتحمّل المستصنِع تكلِفةَ حفظه.

١٠- يجوز أن يُنصّ فى عقد الاستصناع أنّ المستصنِع إن تأخّر فى قبض المصنوع مدّةً معيّنةً بعد وقوع التّخلية والتّمكين من الصّانع، فإنّ المستصنِع يوكّلُه ببيعه على حسابه،[(١)] ويستوفى منه ثمن الاستصناع، وإن وجدت زيادةٌ، يردّ إليه، وإن وُجد نقصٌ رجع على المستصنع بالفرق. وتكلفة البيع على المستصنع.[(٢)]

٢٧٩- الاستصناع فى البنايات

وقد تُعورِف فى زمانا الاستصناعُ فى البِنايات. وله صُورتان:

---

(١) والتّوكيل ممّا يقبل التّعليق. ذكرابن عابدين عن البزّازيّة: "تعليق الوكالة بالشّرط جائز، وتعليق العزل به باطل." (ردّالمحتار، متفرقات البيوع، ١٥: ٤٩٢ و٤٩٣ فقره ٢٥٠٧١)

(٢) المسائل المذكورة فى الفقرات ٦ إلى ١٠ مأخوذة من المعيار الشّرعيّ "الاستصناع والاستصناع الموازى" رقم ١١ من المعايير الشّرعيّة الصّادرة عن المجلس الشّرعيّ للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة

www.besturdubooks.wordpress.com

الصّورة الأولى: أن تكونَ الأرضُ مِلكاً للمستصنِع، ويطلُب مالكُ الأرض من المُقاولِ[1] أن يبنيَ عليها عمارةً حسبَ تصميمٍ معيّن. فإن كانت المقاولةُ لعمل البناء فقط، والموادُّ كلُّها من قِبل صاحب الأرض، فالعقدُ ليس استصناعاً، وإنّما هو إجارةٌ تنطبق عليها أحكامُ إجارةِ الأشخاص. وأمّا إذا كانتِ المقاوَلةُ تشملُ عملَ البناء مع توفير الموادّ من قِبل المُقاوِل، فهو استصناع. أمّا إذا كان بعضُ الموادّ من المقاوِل وبعضُها من صاحب الأرض، فإن كان مايُقدّمه المقاوِلُ شيئاً يسيراً، يمكن أن يأخذ حكمَ الإجارة، ويُقاسَ على ما ذكره الفقهاء من إجارةِ الكاتب ليكتُب كتاباً بحِبره، أو إجارةِ الصبّاغ ليصبغ ثوبَه بصبغٍ من عنده. جاء فى المحيط البرهانيّ:

"لو استأجر صبّاغاً يصبغُ له الثّوب، فإنّه جائز. وطريقُ الجواز أن يُجعلَ العقدُ وارداً على فعل الصبّاغ، والصّبغ يدخل فيها تبعاً، فلم تكن الإجارةُ واردةً على استهلاك العين مقصوداً."[2]

وأمّا إذا كانت معظمُ الموادّ أوالجوهريّةُ منها من قِبل المقاول، فالظّاهر أنّه استصناع.

ولو شرع الصّانعُ فى بناءِ المشروع على أرضِ المستصنع، ثمّ انفسخ العقدُ لسببٍ من الأسباب، وجب تصفيةُ العمليّة بحالتِها الرّاهنة، إمّا بدفع الثّمن بنسبة ما تمّ من

---

(١)التعريف القانونيّ لعقد المقاولة أنّه: "عقدٌ يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدّى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاهد الآخر." (الوسيط فى شرح القانون المدني للسنهوري:٧: ٥) فالمقاولة فى القانون يشمل الاستصناع والإجارة.

(٢) المحيط البرهانيّ، كتاب الإجارة، الفصل العاشر ١١: ٢٨٩

www.besturdubooks.wordpress.com

العمل،[١] مثل أن يكون ماتمّ من العمل نصفَ العمل المعقود عليه، فيدفعُ نصفَ الثّمن، أو يُعطَى الصّانعُ ثمنَ المثل للموادّ الّتى قدّمها، وأجرةَ المثل لعمله، أوبطريقٍ آخر للتّصفيةِ يتراضى عليه الطّرفان، وبهذا يكونُ ما تمّ من البناءِ ملكاً للمستصنِع. ويحقُّ له أن يعقد مع مُقاوِلٍ آخر لإتمام البناء على أساسِ الإجارة أو الاستصناع.

٢٨٠ – والصّورة الثانية: أن تكونَ الأرضُ مِلكاً للصّانع، ويطلب منه المستصنعُ أن يبنيَ عليها بيتاً، أو مكتباً أو دكّاناً. ومنه ما جرى به العملُ من أنّ صاحبَ الأرض الخالية يعمل خِطّةً لبناءٍ كبيرٍ يحتوى على شُقَقٍ سَكنيّة، أو مكاتبَ أو محلاّت، ثمّ يدعو النّاسَ للاكتتاب، فيدفعون إليه مبالغَ، ثمّ يُسلّم إليهم الشُّقق بعد اكتمالها، فهو مخرّجٌ على الاستصناع، فالمكتتِبون يعقِدون مع صاحب الأرض استصناعَ الشُّقّة أو المكتب أومحلٍّ تجاريٍّ بمواصفاتٍ معلومة حسب التّصميم. فيجوزُ ذلك بشروطِ الاستصناع. ولكنّ ما يفعلُه بعضُ النّاس من بيع الشُّقّة أو المكتب قبل اكتمال بناءه، وقبل أن يقع التّسليم، فإنّه لايجوزُ لما ذكرنا من أنّ المصنوعَ ليس مِلكاً للمُستصنِع قبل التّسليم، فهو بيعٌ لما لايملكُه الإنسان، وهو ممنوعٌ بنصٍّ الحديث.

ويجوز للمستصنِع اشتراطُ أن يصنعَه الصّانعُ بنفسه، فإذا اشترط ذلك وقبِله الصّانع، وجب عليه صُنعُه بنفسه، فلايجوز له أن يُفوّض العملَ إلى غيره، أو أن يأتيَ بما هو مصنوعُ غيره، إلاّ أن يرضاهُ المستصنِع. وذلك لأنّ الاستصناعَ يأخذُ حكمَ الإجارة

---

(١)نظيره ما ذكره الفقهاء من أنّ من استأجر كرياً للحجّ ذهاباً وإياباً، فمات بعد الحجّ، فإنّ الكري يستحقّ الأجر بنسبة ما تمّ من عمله (راجع المبسوط للسرخسيّ، كتاب الإجارة، باب الكراء إلى مكّة ١٦: ٢٢)

www.besturdubooks.wordpress.com



من وجهٍ، وإذا اشترط المستأجرُ عملَ الأجير بنفسه، جاز هذا الشّرط،[1] فكذلك في الاستصناع. أمّا إذا لم يكن هناك شرطٌ من المستصنع أنّ الصّانعَ يصنعه بنفسه، فيجوز له أن يُفوّض العمل إلى غيره، أو يعقِد مع آخر استصناعاً موازياً، ولكن يجبُ أن لايكون هناك ربطٌ بين العقدين، وأن تكونَ الحقوقُ والالتزاماتُ النّاشئةُ عن الاستصناع الموازى مستقلّةً عن الاستصناع الأوّل، بمعنى أنّ الصّانعَ إن أخلّ بالتزاماته فى الاستصناع الموازى، فإنّ الصّانع فى الاستصناع الأوّل لايتحلّل من التزاماته.

٢٨١- أحكام ثمن الاستصناع

١- يجبُ أن يكونَ ثمنُ الاستصناعِ معلوماً عند إبرامِ العقد.

٢- لايجبُ أن يكون الثّمنُ معجّلاً كما فى السّلم، بل يجوزُ أن يكونَ معجّلاً أو مؤجّلاً أو مقسّطاً، ويجوز أيضاً أن تكون أقساطُ الثّمن مرتبطةً بالمراحلِ المختلفة لإنجاز المشروع، إذا كانت تلك المراحلُ منضبطةً فى العُرف، بحيثُ لاينشأ فيها نزاع.

٣- الثّمنُ المدفوعُ مقدّماً عند إبرام العقدِ مملوكٌ للصّانع يجوزُله الانتفاع والاسترباحُ به، وتجبُ عليه الزّكاة فيه، ولكنّه مضمونٌ عليه بمعنى أنّه إذا انفسخ العقدُ لسببٍ من الأسباب، يجبُ عليه ردُّ الثّمن على المستصنِع، ويكون ربحُه

---

(١)كما فى كنز الدقائق: "ولايستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه. وإن أطلق فله أن يستأجر غيره." (الكنز مع البحر٧: ٥١٦)

www.besturdubooks.wordpress.com

للصّانع بحُكم الضّمان، تخريجاً للثّمن المقدّم فى الاستصناع على الأجرة المقدّمة أو ما اشتُرط تعجيلُه فى الإجارة.[١]

٤- يجوز أن يكون ثمنُ الاستصناع منفعةً، ولايجبُ أن يكونَ عيناً. لأنّ المنفعةَ تصلُح أن تكون ثمناً فى كُلٍّ من البيع والإجارة. قال ابن نُجيم ناقلاً عن القنية: "بعتُك عبدى بمنافعِ دارِك سنةً، لايجوز. ثمّ رقم: هذا بيعٌ فى حقّ العبد، إجارةٌ فى حقّ الدّار، فإنّه جائز."[٢] وقال أيضاً: "لأنّ المنفعةَ يجوز أن تكونَ أجرةً للمنفعة، إذا كانت مختلفةَ الجنس، كاستئجار سُكنى الدّار بزِراعة الأرض. وإن اتّحد جنسُهما لايجوز، كاستئجار الدّار للسّكنى بالسّكنى، وكاستئجار الأرض للزّراعة بزراعة أرضٍ أخرى، لأنّ الجنسَ بانفراده يُحرّم النّساء."[٣] وهذا عند الحنفيّة، ويجوز عند الشّافعيّة والحنابلة عند اتّحاد الجنس أيضاً،[٤] وكذلك عند المالكيّة.[٥]

٢٨٢-عقود البناء والتّشغيل (BOT)

وعلى هذا الأساس، يمكن تخريجُ العقود الّتى تُسمّى "عقود البناء والتشغيل" (Build, Operate and Transfer) وحقيقةُ هذه العقود أنّ الحكومةَ تُفوّض بناءَ

---

(١)قال النّسفيّ فى الكنز:"والأجرةُ لاتُملك بالعقد، بل بالتّعجيل، أو بشرطه، أو بالاستيفاء، أو بالتّمكن." وقال ابن نُجيم تحته: "وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن المستأجر لو باع المؤجر بالأجر شيئاً وسلّم جاز لتضمنه اشتراط التعجيل، فتقع المقاصّة بينهما، فإن تعذر إيفاء العمل رجع بالدراهم دون المتاع." (البحر الرائق، كتاب الإجارة، ٧: ٥١١)

(٢) البحر الرائق، كتاب البيوع ٥: ٤٦٤

(٣) البحر الرائق، أول كتاب الإجارة٧: ٥٠٨

(٤) المغنى لابن قدامة، كتاب الإجارة ٦: ١٢

(٥) المدوّنة الكبرى ٣: ٢٦٦

www.besturdubooks.wordpress.com

مشاريعِ الشّوارع العامّة، أو الجسور، أو غيرها من مشاريع البنية التحتيّةإلى جهةٍ مختصّة تلتزم إنجازَ المشروع في مدّةٍ معلومة، وتمنحُها الحكومةُ حقَّ تشغيل هذه الشّوارع، أوالجسور، إلى مدّة معيّنة، والحصولِ على ما يُدِرّ من دخل بتقاضي الرّسوم عن العامّة الّذين يستخدمونها بالمرور عليها. وبعد انقضاء تلك المدّة، يُسلِّم المشروعَ إلى الحكومة. وتكييفُه الفقهيَ أنّه استصناعٌ من قِبَل الحكومة. وثمنُه منفعةُ المشروعِ نفسِه إلى مدّةٍ متّفق عليها بين الطّرفين. وقد بيّنتُ تفاصيلَ هذا التّكييف، والمسائلَ الفقهيّة المتعلّقة به، في بحث مستقلٍّ باسم "عقود البناء والتّشغيل." يمكن مراجعتُه عند الحاجة.[1]

٥- لا يجوز تحديدُ ثمنِ الاستصناع على أساس المرابحة، بأن يحدَّد الثّمنُ بالتّكلفة وزيادةٍ معلومة، لأنّ محلَّ المرابحة يجبُ أن يكونَ شيئاً موجوداً مملوكاً معلومَ الثّمن عند العقد. وعقدُ الاستصناع يُبرَم قبل التّملّك، لأنّه بيعٌ موصوفٌ في الذّمّة غيرُ معيّن، ولأنّ التّكلفةَ لاتُعرَف إلاّ بعدَ الإنجاز، والثّمنُ يجب أن يكونَ معلوماً عند العقد.[2]

هذا ما مشى عليه المجلس الشّرعيّ ، ولكن تحتاج المسئلة إلى إعادة نظر في ظروفنا حيثُ إنَ المشروع يحتاج إلى وقت طويل ربما تتذبذب فيه الأسعار ويصعب تقدير التكلفةفي بداية العقد.

٦- إن طرأت ظروفٌ تستدعي تعديلَ ثمن الاستصناع زيادةً أو نقصاً، فإنّه يجوز باتّفاق الطّرفين. وينبغي أن يجوز اتّفاقُ الطّرفين على معيارٍ للتّعديل في بداية العقد، مثل أن

(١) راجع "بحوث في قضايا فقهية معاصرة" ٢: ١٣١

(٢) المعايير الشرعية للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، المعيار رقم ١١ بند ٣|٢|٥

www.besturdubooks.wordpress.com

يتّفقا على أنّه إن زاد سعرُ الاسمنت أو الحديد فى استصناع بناءٍ بنسبةٍ معلومة، فإنّ الثّمنَ يزيد أو ينقص بتلك النّسبة. وهذا ممّا لامحيصَ عنه فى الظّروف الّتى تتذبذب فيها الأسعارُ خلالَ مدّةٍ قصيرة. والله سبحانه أعلم.

٢٨٣- الشرط الجزائيّ فى الاستصناع

٧- يجوز الاتّفاق فى العقد على شرطٍ جزائيٍّ[١] بأنّ الصّانعَ إن تأخّر فى تسليم المصنوع، فإنّه يُنقَص من ثمنه جزءٌ مقابلٌ للتّأخير. وقد قرّر مجمعُ الفقه الإسلاميّ فى هذا الصّدد مايلى:

"يجوز أن يتضمّن عقدُ الاستصناع شرطاً جزائيّاً بمقتضى ما اتّفق عليه العاقدان، مالم تكُن هناك ظروفٌ قاهرة."[٢]

واشترط المعيارُ الشّرعيّ الصّادر من المجلس الشّرعيّ بشأن الاستصناع أن لايكون

(١) الشرط الجزائيّ مصطلح قانونيّ حديث، وعرّفه الأستاذ السنهوري بقوله: "يحدث كثيراً أنّ الدّائن والمدين لايتركان تقدير التعويض إلى القاضى كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدّماً على تقدير هذاالتعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الّذى يستحقّه الدّائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الّذى يستحقّه الدّائن إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدّماً على التعويض يُسمّى بالشرط الجزائي."
(الوسيط، المجلد الثانى ٢: ٨٥١) فظهر بهذا أنّ الشرط الجزائيّ له مفهوم عامّ يشمل كثيراً من العقود، حتّى أنه يجوز فى القانون الوضعيّ اشتراط الشرط الجزائيّ فى المداينات، وهو محرّم شرعاً لتضمنه الربا، ولذلك إجازة الشرط الجزائيّ فى بعض العقود مثل الاستصناع والمقاولات لاتستلزم أن يُباح الشرط الجزائيّ فى جميع العقود.

(٢) قراررقم ٦٧|٣-٧ بشأن عقد الاستصناع، مجلّة المجمع، العدد السّابع ٢: ٧٧٨

www.besturdubooks.wordpress.com



الشّرطَ الجزائيَ مُجحِفاً.[١]

وقد اختلفت آراءُ العلماء المعاصرين فى تكييف هذا الشّرط بعد اتّفاقهم على جوازه. فمنهم من رأى أنّه أمرٌ مستحدَث، وليس فى نصوص القرآن والسنّة ما يمنعُه، والأصلُ عندهم أن تكونَ العقودُ والشّروطُ جائزةً، مالم يقُم دليلٌ من القرآن والسنّة على حُرمته. وهذا المنحى هو الّذى سلكه كثيرٌ من الباحثين فى الموضوع.[٢]

ومنهم من أجاز هذا الشّرطَ قياساً على الإجارة، حيثُ يجوزُ عند جمعٍ من الفقهاء أن يقولَ المستأجرُ للخيّاط: "إن خِطتَه اليومَ فبدرهم، وإن خِطتَه غداً فبِنصف درهم." وهذا جائزٌ عند أبى يوسف ومحمّد وعند أحمد فى رواية. ولايجوز عند مالك والشّافعيّ رحمهم الله تعالى، ويجب أجر المثل. وقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى: إن خاطه اليومَ فله درهم، وإن خاطه غداً لايُزاد على درهم، ولايُنقص عن نصف درهم.[٣] وأفتى شيخ مشايخنا التّهانويّ رحمه الله تعالى بقول أبى يوسف ومحمّد

---

(١) المعايير الشرعية للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة، رقم ١١ بند ٧/٦

(٢) راجع البحوث حول الشرط الجزائيّ فى مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الثانى عشر، وأبحاث هيئة كبارالعلماء بالمملكة العربيّة السّعوديّة ١: ١٠١إلى ٢١٤ وتدلّ عبارةٌ للجصّاص رحمه الله تعالى على صحّة هذاالاستدلال، فإنّه يقول فى تفسير قول الله تعالى: "أوفوا بالعقود" مانصّه: "واقتضى أيضاً الوفاء بعقود البياعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود، فمتى اختلفنا فى جواز عقد أو فساده وفى صحّة نذر ولزومه، صحّ الاحتجاج بقوله تعالى: أوفوا بالعقود لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها، ويجوز الاحتجاج به فى جواز الكفالة بالنفس وبالمال وجواز تعلقها على الأخطار لأنّ الآية لم تُفرّق بين شيئ منها. وقوله صلّى الله عليه وسلم: "والمسلمون عند شروطهم" فى معنى قول الله تعالى: "أوفوا بالعقود" وهو عموم فى إيجاب الوفاء بجميع ما يشرط الإنسان على نفسه، مالم تقم دلالة تُخصّصه." (أحكام القرآن للجصاص، سورة المائدة ٢: ٤١٨)

(٣) المغنى لابن قدامة، كتاب الإجارة ٦: ٨٧ وتكملة البحر الرائق، باب ضمان الأجير ٨: ٥٤

www.besturdubooks.wordpress.com

رحمهما الله تعالى.[١] ولاشكّ أنّ الحاجةَ داعيةٌ إلى مثل هذا الشّرط فى المقاولات، وبه جرى العملُ فيها من غير نكير، والله سبحانه وتعالى أعلم.

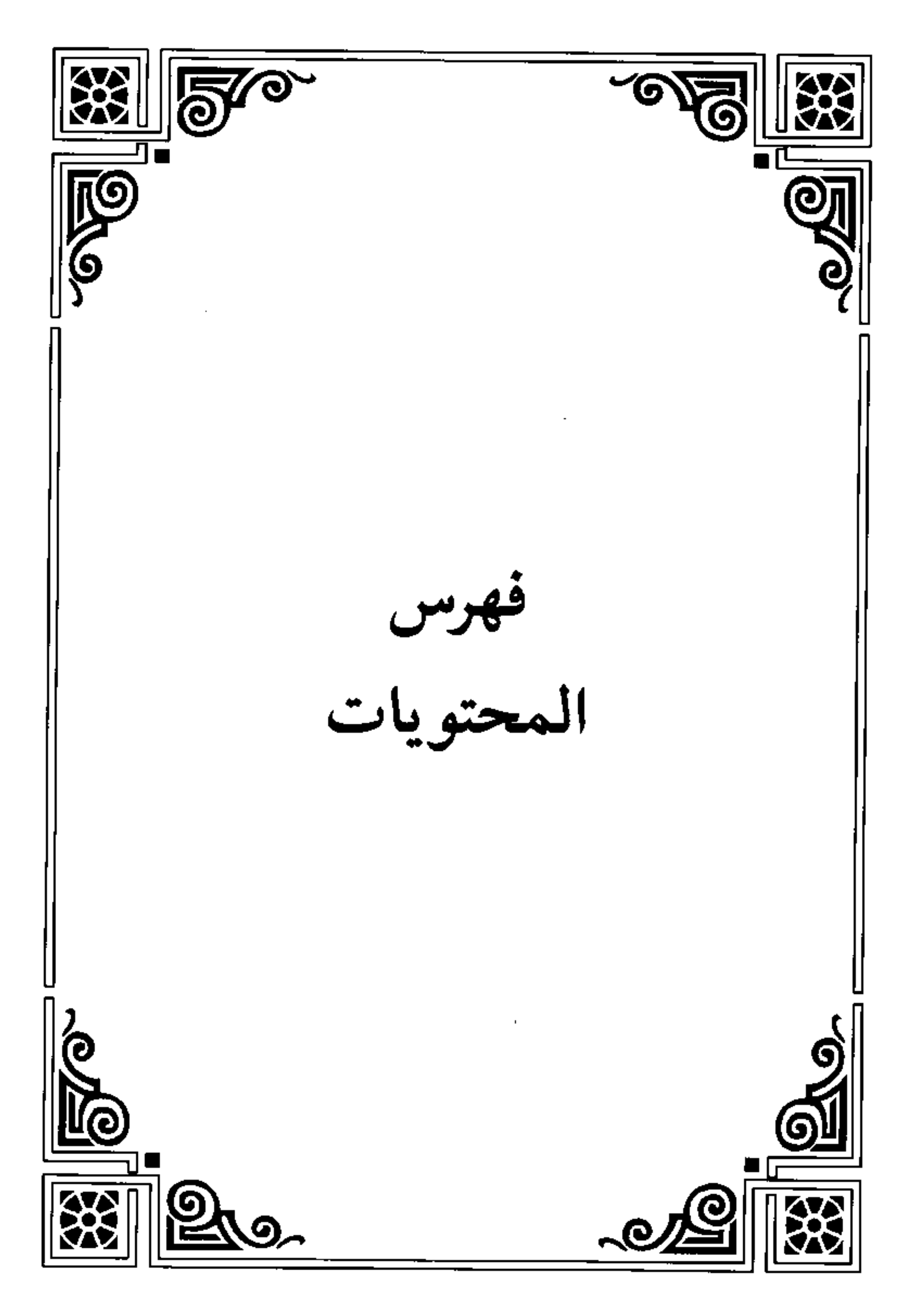
٢٨٤- شراء السيّارات من الشّركة

والّذى يقع فى شراء السّيارات، أنها إن اشتُريت من شخصٍ مالك للسّيّارة، فإنّه بيع عاديّ. أمّا فى شراء السيّارات من الشّركة، فالطّريق المتّبعُ أنّ المشتريَ يدفع إلى وكيل الشّركة الثّمنَ مقدّماً بعد تعيين نوع السّيارة المطلوبة وأوصافِها ولونها (وقد يقع ذلك على أساس نموذج موجود عند الوكيل). وإنّ الوكيلَ يبعثُ إلى الشّركة أوصافَ السّيارة المطلوبة. فإن كانت السّيارةُ بتلك الأوصاف جاهزةً عند الشّركة، فإنّه يُرسلها، وإلاّ فإنّها يُجهّزها بتلك الأوصاف، ويبعث بها إلى الوكيل الّذى يُسلّمها إلى المشترى. والظّاهرُ أنّه ينطبق عليه أحكام الاستصناع، لأنّه يجوز للصّانع فى الاستصناع أن يُسلّم مصنوعاً من عنده، كما سبق. وإن كان أجلُ التّسليم معيّناً، والثّمنُ مدفوعاً بكامله عند العقد (طلب الشّراء) فيُمكنُ أن يُخرّج على أساس السّلم أيضاً. أمّا إذا لم يكن الأجلُ معلوماً، أو لم يُدفع الثّمنُ بكامله عند العقد، فلا يصحّ سلماً، وإنّما يصحّ على أساس الاستصناع.

---

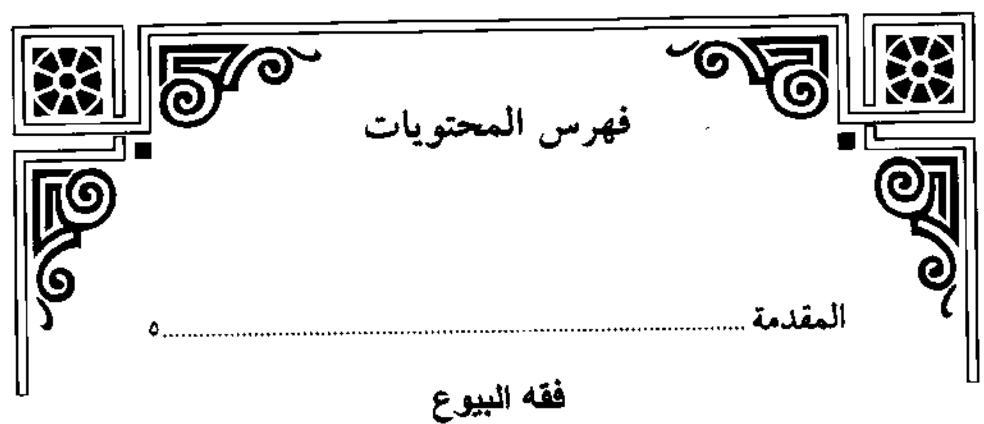
(١) إمداد الفتاوى، كتاب الإجارة ٣: ٣٩٨ سؤال ٣٨٦

www.besturdubooks.wordpress.com



فهرس
المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com



فهرس المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com



www.besturdubooks.wordpress.com

أحكام بيع المزايدة

أحكام المناقصة

المبحث الثانى

فى الأحكام المتعلقة بالمتعاقدين.... ١٤٥

www.besturdubooks.wordpress.com



www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثالث: المستثنيات من اشتراط التراضي ٢٣٣

www.besturdubooks.wordpress.com



المبحث الثالث

فى أحكام المبيع والثّمن وما يُشترط فيهما لجواز البيع....٢٥٩

www.besturdubooks.wordpress.com

www.besturdubooks.wordpress.com



www.besturdubooks.wordpress.com



www.besturdubooks.wordpress.com



www.besturdubooks.wordpress.com

المبحث الخامس

www.besturdubooks.wordpress.com

الباب الثانى فى السلم والاستصناع

www.besturdubooks.wordpress.com

فهرس المحتويات

www.besturdubooks.wordpress.com